

Fundamento y límites de la responsabilidad  
jurídico-penal del superior jerárquico de  
organizaciones delictivas por los delitos  
cometidos por sus subordinados

Sobre la posibilidad de imputar al superior los  
excesos del subordinado

Jose Manuel Rojas Salas

---

TESI DOCTORAL UPF / 2022

DIRECTORA DE LA TESIS

Dra. Nuria Pastor Muñoz

DEPARTAMENTO DE DERECHO





*Dedicado a la memoria de mi tía, María Luisa Rojas*



## **Resumen**

En esta investigación doctoral se estudian los fundamentos y límites de la responsabilidad jurídico-penal del jefe o superior jerárquico de organizaciones delictivas por los delitos cometidos por sus subordinados. En especial, se quiere responder si es posible imputarles los excesos, así dichas actuaciones no hayan sido contempladas en las órdenes inicialmente impartidas. Para solucionar este problema jurídico, en primer lugar, se analizan a las organizaciones delictivas a partir de distintos enfoques para determinar el objeto de estudio. En segundo lugar, se estudian las respuestas que, a partir de la evolución del Derecho penal internacional, se han ofrecido para delimitar la responsabilidad del superior jerárquico. En tercer lugar, se describen los paradigmas dogmáticos para abordar este problema jurídico desde el Derecho penal europeo-continental. Finalmente, en cuarto lugar, se plantea una propuesta de solución a partir de un enfoque metodológico sustentado, primero, en establecer el fundamento de la responsabilidad del individuo, segundo, en la calificación de su intervención y, tercero, en determinar el alcance de la imputación subjetiva del injusto.

## **Abstract**

This PhD thesis studies the foundations and limits of the criminal responsibility of criminal organizations' commanders or superiors for the crimes committed by their subordinates. It is aimed to revolve if it is possible to charge them for the excesses, even if those actions were not contemplated in the orders initially given. To solve this legal problem, first, criminal organizations are analyzed from different approaches to determine the object of study. Secondly, the answers from the evolution of international criminal law have been offered to delimit the command responsibility are analyzed. Thirdly, the dogmatic paradigms are analyzed to address this legal problem from the continental European legal system. Finally, in the fourth place, it is proposed a solution from a methodological approach based, first, on establishing the foundation of the individual's responsibility, second, on the qualification of his intervention and, third, on determining the scope of the subjective responsibility.



## Abreviaturas empleadas

AA.VV.: autores varios

ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales

APM: Audiencia Provincial de Madrid

Art.: artículo

AOP: aparato organizado de poder

AT: Parte general (*Allgemeiner Teil*)

AUC: Autodefensas Unidas de Colombia

BGH: Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*)

BGHSt: Sentencia penal del Tribunal Supremo Alemán  
(*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*)

BT: Parte Especial (*Besonderer Teil*)

CAR: Central African Republic

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja

Cfr.: Confrontar

CN: Constitución Nacional

Comp.: Compilador

Coord.: Coordinador (es).

CP: Código Penal

CPC: Cuadernos de Política criminal

CPI Corte Penal Internacional

CSJ: Corte Suprema de Justicia

ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional

Ed.: Editorial

EE. UU.: Estados Unidos de América

ETESL: Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona

ETPIY: Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

ETPIR: Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

FARC-EP: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo

GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht

GTZ: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit

InDret: InDret, Revista para el Análisis del Derecho

JCE: Joint Criminal Enterprise

JICJ: Journal of International Criminal Justice.

JZ: Juristenzeitung

LO: Ley orgánica

MLC: Mouvement pour la Liberation du Congo

M-19: Movimiento 19

NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht

Párr.: párrafo.

PG: Parte General.

p.: página.

pp.: páginas.

RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

SCP: Sala de Cuestiones Preliminares

StGB: Código Penal Alemán Internacional (*Strafgesetzbuch*)

STS: Sentencia Tribunal Supremo

T.: Tomo.

TESL: Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tít.: Título



TMIN: Tribunal Militar Internacional de Núremberg  
TPIY: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.  
TPMILO: Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente  
Trad.: Traductor (a)  
TPIY: Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia  
TPIR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda  
TS: Tribunal Supremo  
UNODC: United Nations Office Against Drugs and Crime  
UPC: Unión de Patriotas Congoleños  
VStGB: Código Penal Alemán Internacional  
(*Völkerstrafgesetzbuch*)  
ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



## Tabla de contenido

<b>Abreviaturas empleadas .....</b>	<b>vii</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>PRIMERA PARTE: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA.....</b>	<b>7</b>
1. Aproximación político criminal.....	8
1.1. La política criminal en EE. UU. ....	9
1.2. La política criminal europea.....	13
1.3. Naciones Unidas .....	17
a) Tipologías de grupos criminales (CIPC).....	18
2. Aproximación desde la teoría de sistemas complejos ....	22
2.1. Teoría de los sistemas sociales complejos (LUHMANN) 23	
2.2. Las organizaciones delictivas como sistemas de injusto (LAMPE) .....	27
3. Balance .....	33
<b>SEGUNDA PARTE: DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL .....</b>	<b>37</b>
1. El problema de la responsabilidad jurídico-penal penal del superior jerárquico en el Derecho penal internacional.....	37
2. Enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la Primera Guerra Mundial .....	39
3. Enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial .....	40
3.1. La responsabilidad del superior en el juicio del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y los juicios bajo la Ley nº 10 del Consejo de Control.....	41
a) <i>High Command Trial</i> .....	44
b) <i>Hostages Trial</i> .....	47
3.2. Tribunal Penal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Juicios de Tokio).....	49
3.3. Caso Yamashita .....	51

4. El periodo tras la Segunda Guerra Mundial.....	53
5. Proyectos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional .....	56
6. Evolución del principio de responsabilidad del superior jerárquico por parte de los tribunales <i>ad hoc</i> para la antigua Yugoslavia y Ruanda .....	59
7. Teoría de la Empresa Criminal Conjunta – <i>Joint Criminal Enterprise</i> – del TPIY .....	64
8. Las formas de intervención delictiva reguladas en el Estatuto de Roma.....	73
8.1. Teoría del control conjunto del crimen .....	79
9. La responsabilidad de mando en el artículo 28 del Estatuto de Roma.....	85
9.1. La discusión sobre la naturaleza jurídica del art. 28 del ECPI.....	86
9.2. Elementos de la responsabilidad de mando .....	93
10. Balance .....	109

**TERCERA PARTE: PARADIGMAS DOGMÁTICOS PARA ABORDAR EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS Y PARA EL TRATAMIENTO DEL EXCESO EN LA COPARTICIPACIÓN CRIMINAL .....**

1. La solución de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder....	118
1.1. Fundamentos estructurales .....	121
a) Existencia de una organización jerarquizada con vida independiente.....	122
b) Fungibilidad del ejecutor.....	124
c) Desvinculación del derecho .....	124
d) La elevada disposición a cometer el hecho. ....	126
1.2. Críticas.....	127
a) La responsabilidad del instrumento como impedimento para apreciar la autoría mediata .....	127
b) Críticas a la teoría del dominio del hecho.....	129
c) Críticas al elemento de la fungibilidad.....	131

1.3. Consecuencias de la tesis de la autoría mediata para casos de exceso .....	132
2. La solución del superior jerárquico como coautor .....	135
2.1. Fundamentos .....	135
2.2. Críticas a la solución de la coautoría .....	138
2.3. Consecuencias de la tesis de la coautoría para casos de exceso .....	139
3. La solución del superior jerárquico como inductor .....	143
3.1. Fundamentos .....	143
3.2. Críticas.....	145
3.3. Consecuencias de la tesis de la inducción para casos de exceso.....	147
4. Toma de postura .....	152
<b>CUARTA PARTE: PROPUESTA DE SOLUCIÓN METODOLÓGICA PARA ABORDAR EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL DEL SUPERIOR JERÁRQUICO POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS.....</b>	<b>157</b>
1.1. El alcance del principio de auto-responsabilidad y de la prohibición de regreso para casos de criminalidad colectiva .....	162
1.2. EL criterio esencial: la posición de garante del superior jerárquico de una organización delictiva .....	166
a) La competencia del superior jerárquico de organizaciones delictivas comunes .....	168
b) La competencia del superior jerárquico de organizaciones delictivas de origen institucional.....	176
1.3. Balance .....	182
2. Análisis de segundo nivel: La calificación de la intervención del superior jerárquico.....	185
2.1. Responsabilidad del superior jerárquico por los delitos de omisión pura del artículo 615 bis CP.....	187
2.2. Responsabilidad del superior jerárquico en comisión por omisión por los delitos cometidos por el subordinado .....	196

a) Posición según la cual el omitente únicamente puede ser calificado como autor.....	197
b) Posición según la cual el omitente únicamente puede responder como partícipe.....	199
c) Teoría diferenciadora de autoría y participación con base en el dominio del hecho .....	200
d) Teorías diferenciadoras de autoría y participación con base en el origen de la posición de garante.....	201
e) Teoría diferenciadora de autoría y participación con base en el criterio de la identidad estructural con la comisión activa..	206
f) Teoría diferenciadora de autoría y participación con base en el criterio del grado de configuración del injusto.....	208
<b>2.3. Toma de postura .....</b>	<b>211</b>
<b>3. Análisis de tercer nivel: la imputación subjetiva del injusto .....</b>	<b>214</b>
<b>3.1. El alcance de la imputación subjetiva dolosa .....</b>	<b>217</b>
a) La intervención del superior jerárquico en casos de ignorancia deliberada.....	220
<b>3.2. Alcance de la responsabilidad subjetiva imprudente. .</b>	<b>225</b>
<b>3.3. Conclusión sobre el alcance de la responsabilidad subjetiva del jefe o superior .....</b>	<b>228</b>
<b>4. Balance .....</b>	<b>231</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>235</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>247</b>
<b>Jurisprudencia.....</b>	<b>281</b>
<b>Documentos de organismos internacionales o gubernamentales.....</b>	<b>287</b>

## Introducción

Desde el punto de vista jurídico-penal resulta problemático el tratamiento de aquellos casos en los que, en el seno de las estructuras jerárquicas –más o menos rígidas– propias de organizaciones delictivas –o con tendencia delictiva– los subordinados, valiéndose de su vinculación al grupo organizado, cometen conductas punibles que van más allá de las órdenes que les fueron inicialmente impartidas por sus superiores. En ese tipo de casos no está claro cuáles son los fundamentos y límites de la imputación a los jefes o superiores jerárquicos que, si bien no intervienen en la ejecución del delito, contribuyen de manera sustancial propiciando las condiciones necesarias para que sea cometido. Los siguientes casos pueden ser útiles para ilustrar el objeto de estudio planteado:

Caso 1: Entre los años 1994 y 2006 el grupo paramilitar Bloque Catatumbo realizó diversas incursiones en pueblos de la región de Norte de Santander (Colombia), con el objetivo de tomar el control de dichas provincias y eliminar todos los rastros de grupos guerrilleros. Además de realizar diversos actos de “limpieza social”, ante la ausencia de la presencia estatal y, aprovechando que habían sometido a dichas poblaciones, varios miembros de los grupos paramilitares cometieron actos de violencia sexual contra las mujeres de dichas zonas. Años después, los comandantes paramilitares han alegado que no tienen ningún tipo de responsabilidad jurídico-penal por dichos sexuales cometidos por

sus subordinados, dado no que participaron directamente en su ejecución.

Caso 2: Entre los años de 2002 y 2008 hubo varios casos de jóvenes desaparecidos oriundos de zonas marginadas de Colombia, quienes posteriormente fueron encontrados muertos bajo otras identidades, fueron presentados como “casos de bajas en combate” por agentes de la Fuerza Pública. Hasta donde se tiene conocimiento, los militares cometieron estos homicidios para obtener beneficios como ascensos, viajes al exterior o condecoraciones, en el marco de una política de incentivos que había sido diseñada desde los altos mandos para luchar de manera más eficiente contra las guerrillas. Sin embargo, no hay pruebas que señalen que dichos altos mandos militares hayan proferido directamente órdenes la comisión de tales crímenes.

El propósito de este trabajo es responder si en este tipo de casos es posible atribuir a los superiores jerárquicos o jefes de aquellas estructuras las conductas delictivas cometidas por sus subordinados que exceden el objeto principal de la organización. La vinculación de los superiores jerárquicos o jefes con las estructuras que lideran y el papel que desempeñan –es decir, el riesgo creado– no pueden ser ignorados en la valoración del injusto, pero tampoco constituyen por sí mismos el fundamento de la imputación, en tanto la mera condición de jefe o superior de una estructura de ese tipo no es suficiente para atribuir responsabilidad por cualquier hecho delictivo realizado por ella. Por tanto, resulta necesario identificar



los fundamentos y límites de la responsabilidad jurídico-penal en este tipo de escenarios.

Para resolver el problema jurídico planteado, este trabajo está estructurado en cuatro partes. En la primera de ellas se intentará delimitar el contexto en el cual se desarrollan las relaciones de subordinación de estructuras objeto de estudio, esto es, las organizaciones delictivas como sistemas complejos. Si bien este problema jurídico-penal no solo atañe a las organizaciones criminales en sentido estricto –como un cartel de droga, una mafia extorsionista u un grupo guerrillero–, sino a cualquier tipo de organización en la que intervienen varios individuos, con distintas acciones y competencias, que finalmente ocasionan el resultado típico, este trabajo estará orientado únicamente al estudio de este problema de imputación en el marco de las organizaciones delictivas como sistema de injusto diferenciado –en el que también se incluyen a las instituciones públicas con tendencia criminal–.

En la segunda parte se analizan los criterios que se han utilizado en el Derecho penal internacional para atribuir responsabilidad penal a los jefes o superiores jerárquicos por los delitos cometidos por sus subordinados. La importancia del problema en este ámbito es evidente, pues la gran mayoría de crímenes internacionales son cometidos por personas vinculadas a organizaciones criminales. Sin embargo, algunas de estas soluciones resultan problemáticas al contrastarlas con los principios mínimos de Derecho penal, como el principio de culpabilidad, el principio de auto-responsabilidad o el

principio de accesoriedad; es decir, con los estándares mínimos que no solo fundamentan sino que legitiman la sanción al individuo.

En la tercera se analizan las principales respuestas al problema de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados que se pueden encontrar en la dogmática del Derecho penal de tradición jurídica europeo-continental (sistema jurídico-penal de corte romano-germánico). Entre los principales paradigmas que se encuentran está la propuesta de ROXIN de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder; la coautoría, principalmente defendida por JAKOBS, LESCH y MUÑOZ CONDE; y las propuestas de responsabilidad del superior jerárquico como inductor, entre cuyos defensores se encuentran HERZBERG, RENZIKOWSKI y ROTSCH. En este mismo apartado se explicarán las propuestas dogmáticas para el tratamiento del exceso en la coparticipación criminal.

En la cuarta parte se trata a fondo el problema jurídico planteado a partir de una propuesta de solución propia. Esta propuesta está sustentada en parte en el modelo metodológico de imputación propuesto por ROBLES PLANAS para resolver el problema de la intervención colectiva en un hecho delictivo, según el cual el primer paso para atribuir responsabilidad a quienes intervinieron es fundamentar la responsabilidad del grupo de sujetos y, a partir de dicha labor, el segundo paso es calificar el título de la intervención que le corresponde a cada uno de ellos<sup>1</sup>. A dicho modelo

---

<sup>1</sup> Este modelo metodológico ha sido desarrollado por ROBLES PLANAS en: *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 15- 21.; ÉL MISMO, "Die zwei Stufen der

metodológico se añadirá un análisis de tercer nivel en el que se aborde el problema de responsabilidad planteado a la luz del tipo subjetivo.

---

Beteiligungslehre – am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen”, en *GA*, 2012, pp. 276 y ss.; ÉL MISMO, “Los dos niveles de la intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)”, en *InDret*, 2012, pp. 2 y ss.



## PRIMERA PARTE: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA

El propósito de esta primera parte es ofrecer una definición de la criminalidad organizada que sirva de base para identificar el contexto del problema objeto de investigación. En concreto, es esencial determinar cuáles son aquellos rasgos específicos de dichas organizaciones que dificultan la aplicación de los criterios de imputación jurídico-penales, concebidos para hechos individuales. Se trata, en realidad, de ver cómo se debe adaptar la teoría de la imputación de responsabilidad individual cuando los sujetos actúan en el contexto de una organización<sup>2</sup>.

Para un sector de la doctrina resulta imposible dar una definición única de la criminalidad organizada, en tanto abarca fenómenos diversos<sup>3</sup>; mientras que otros autores consideran posible ofrecer una única definición que permita distinguir este fenómeno de otras formas de delincuencia colectiva<sup>4</sup>. A continuación, se analiza el fenómeno de la criminalidad organizada desde dos perspectivas: la política criminal que se ha implementado para hacerle frente y la

---

<sup>2</sup> Véase al respecto: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Autoría y Participación en el Ámbito de la Criminalidad Organizada a la Luz del Derecho Comparado y del Derecho Internacional”, en: *Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal. Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Yvan Montoya Vivanco (Coord.), 2011, pp. 59-99.

<sup>3</sup> Véase: ZAFFARONI, “Il crimine organizzato: una categorizzazione fallida”, en MOCCIA (Ed.), *Criminalità organizzata i risposte ordinamentali*, 1999, p. 79.

<sup>4</sup> Véase: MEDINA ARIZA, “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en FERRÉ OLIVÉ/ANDRADE BORRALLÓ (Eds.), *Delincuencia organizada...*, 1999, p. 111; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal...*, 2009, p. 27; ELLA MISMA, “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad: apuntes para un análisis”, en *El desafío de la criminalidad organizada*, 2006, p. 39 y ss.

perspectiva fenomenológica. Por último, se formula una reflexión crítica sobre el concepto de criminalidad organizada relevante para el problema de imputación objeto del presente trabajo.

## **1. Aproximación político criminal**

Pese a la fascinación que el problema de la criminalidad organizada ha generado a lo largo del tiempo, salvo los casos de EE.UU. e Italia, el estudio de este fenómeno solo atrajo la atención de la mayoría de los gobiernos del mundo occidental hasta los años noventa, en los que se impulsaron y celebraron una serie de tratados internacionales, decretos, planes de acción, etc., concentrados en la lucha contra este tipo de delincuencia. En la mayor parte de los casos la respuesta de los Estados a este fenómeno delictivo ha consistido aumentar los poderes de las autoridades encargadas de su investigación y juzgamiento<sup>5</sup>. De hecho, la criminalidad organizada ha justificado gran parte de las últimas reformas legales en materia penal, en las que ya es un lugar común el recurso al argumento de la “seguridad ciudadana”, en desmedro de garantías penales de los procesados<sup>6</sup>.

El término “crimen organizado” fue utilizado por primera vez en 1896, en el reporte anual de la *New York Society for the Prevention*

---

<sup>5</sup> PAOLI/VANDER BEKEN, “Organized Crime: a contested concept”, en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, 2014, p. 13 y ss.

<sup>6</sup> Véase en: SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2006, p. 5 y ss. En igual sentido: GONZÁLES RUS, “Aproximación político criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en GONZÁLES RUS (Coord.), *La criminalidad organizada*, 2013, p. 93. También: CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (Coord.), *Estudios sobre la reforma del código penal*, 2011, págs. 643-644.

*of Crime*, que lo empleó para referirse a las actividades de juego y prostitución que estaban protegidas por funcionarios públicos<sup>7</sup>. A partir de entonces, lo que se entiende por este término ha ido experimentando cambios, en parte debido a impulsos de la política criminal de cada momento. Las diferentes concepciones se han basado respectivamente en dos elementos: o bien en los individuos que componen la organización criminal, o bien en el tipo de actividades que esta desarrolla<sup>8</sup>.

La concepción que pone el acento en los individuos que integran la organización y en la forma en que están asociados define la organización criminal como un conjunto de personas sistemáticamente involucradas en la comisión de delitos. En cambio, la concepción que se centra en la clase de actividad pone el foco en la clase de delitos cometidos por la organización criminal. Desde esta perspectiva se entiende la organización delictiva como un conjunto de actividades ilegales graves, principalmente llevadas a cabo con ánimo de lucro<sup>9</sup>.

## **1.1. La política criminal en EE. UU.**

El primer intento del gobierno estadounidense para estudiar el crimen organizado tuvo lugar entre 1929 y 1931. La comisión encargada del estudio (*National Commission on Law Observance*

---

<sup>7</sup> Véase en: PAOLI/VANDER BEKEN, “Organized Crime: a contested concept”, en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, 2014, p. 15.

<sup>8</sup> Véase en: PAOLI/VANDER BEKEN, “Organized Crime: a contested concept”, en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, 2014, p. 15 y ss.

<sup>9</sup> Véase en: PAOLI/VANDER BEKEN, “Organized Crime: a contested concept”, en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, 2014, p. 15 y ss.

*and Enforcement*), presidida por George Wickersham, formuló un informe en el que se ponía el acento en el tipo de actividades delictivas llevadas a cabo por estas organizaciones, y no en sus miembros<sup>10</sup>. En cambio, entre 1930 y 1960, dominó una concepción de la criminalidad organizada que se centraba en los individuos que integraban las organizaciones, principalmente a raíz de la divulgación en los medios de comunicación, especialmente el cine, o *La Cosa Nostra* representaba para la sociedad norteamericana, lo cual llamó la atención de la ciudadanía.

En esa medida, se fue asentando la identificación de los conceptos de organización criminal y mafia, haciendo énfasis en el origen extranjero de sus integrantes. Esta fue en su momento la forma de criminalidad organizada que más preocupó a las autoridades (*alien conspiracy approach*), tanto a las encargadas de orientar la política criminal (*policymaking agencies*)<sup>11</sup>, como a las que les correspondía ejecutarla (*law enforcement agencies*)<sup>12</sup>. En los años setenta, la

---

<sup>10</sup> SMITH, “Wickersha to Sutherland to Katzenbach: Evolving an ‘Official’ Definition for Organized Crime”, en *Crime, Law and Social Change*, 1991, p. 142.

<sup>11</sup> A principios de los años cincuenta el Senado de EE. UU. encargó a un comité – encabezado por Estes Kefauver– el estudio de este tipo de organización delictiva, el cual concluyó que “existe un sindicato difuminado a nivel nacional conocido como ‘mafia’, cuyos tentáculos pueden encontrarse en las principales ciudades. Tiene ramificaciones internacionales que al parecer se encuentran en conexión con el tráfico de narcóticos. Sus líderes suelen poseer el control de los negocios más lucrativos de las ciudades”. Véase en: SENADO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *Third Interin Report of the Special Comitee to Investigate Organized Crime in Interstate Commerce (Kefauver Comitee)*, Washington DC, US Government Printing Office, 1951, p. 131.

<sup>12</sup> Las agencias federales pedían más recursos para enfrentar este tipo de delincuencia, los cuales estaban destinados a la protección de testigos, *grand juries*, interceptaciones telefónicas, detención de testigos renuentes, etc. Véase en: PAOLI / VANDER BEKEN, “Organized Crime: a contested concept”, en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, 2014, p. 17.



atención se desplazó desde los individuos al tipo de actividad, que en ese momento era esencialmente la comercialización de productos y servicios ilegales, en especial los estupefacientes. De esta forma, se intentó eliminar la atención en los estereotipos étnicos y, en su lugar, poner nuevamente el foco hacia “lo ilícito” o “la empresa criminal” para referirse a las organizaciones criminales<sup>13</sup>.

En 1970, el Congreso de EE. UU. aprobó una ley dirigida a la lucha contra las extorciones realizadas por organizaciones criminales, popularmente conocida como la Ley RICO –*The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*. Dicha ley pretendía hacer frente al problema de la impunidad de los jefes de las organizaciones criminales<sup>14</sup> y, por ello, disponía la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a los superiores por los delitos cometidos por los subordinados. Para poder utilizar las herramientas legales que brinda esta normativa es necesario demostrar que el individuo pertenece a una organización y que esta está dedicada a la comisión graves conductas delictivas. Esta ley influyó en diversos convenios internacionales orientados a la lucha contra la corrupción, el crimen organizado y el tráfico de drogas<sup>15</sup>.

La discusión política estadounidense sobre las organizaciones criminales se reavivó en 2008 al hilo de una creciente preocupación por las organizaciones criminales transnacionales. En ese año, el

---

<sup>13</sup> SMITH, *The Mafia Mystique*, 1975, p. 335.

<sup>14</sup> WITWER, "'The Most Racketeer-Ridden Union in America': The Problem of Corruption in the Teamsters Union During the 1930s", en *Corrupt Histories*, Emmanuel Kreike y William Chester Jordan (Coord.), University of Rochester Press, 2004.

<sup>15</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal...*, 2009, p. 48.

Departamento de Justicia de EE.UU. promulgó una normativa para combatir la “criminalidad organizada internacional” y el despacho del Fiscal General llamó nuevamente a que se reconstituyera el Consejo para el Crimen Organizado, que había dejado de funcionar por más de 15 años. En el año 2011 la administración Obama implementó una nueva estrategia para “combatir la criminalidad organizada transnacional”<sup>16</sup>. Se identificaron 56 acciones prioritarias, empezando en el propio territorio de EE. UU. y con sus aliados extranjeros, incluyendo la mejora en los sistemas de inteligencia y compartición de información; la protección del sistema financiero y de mercados estratégicos; el fortalecimiento de la interdicción, y de las investigaciones y enjuiciamientos; la disrupción del tráfico de drogas y de su vínculo con otras amenazas transnacionales; y la construcción de capacidad internacional, a partir de la cooperación y apoyo con aliados estratégicos<sup>17</sup>. Esta estrategia ha sido reforzada en la administración Biden, en la que se ha puesto especial atención a ciertas actividades delictivas cometidas por la delincuencia organizada transnacional, tales como el tráfico de armas y de drogas, el tráfico de migrantes, la trata de personas, el cibercrimen, las afectaciones a la propiedad intelectual, el lavado de activos y el tráfico animal de madera<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Véase en: THE WHITE HOUSE PRESIDENT BARACK OBAMA, *Strategy to Combat Transnational Organized Crime*, 2011.

<sup>17</sup> Véase en: THE WHITE HOUSE PRESIDENT BARACK OBAMA, *Strategy to Combat Transnational Organized Crime*. 2011.

<sup>18</sup> Véase en: THE WHITE HOUSE, *Executive Order on Establishing the United States Council on Transnational Organized Crime*, 2021.

## 1.2. La política criminal europea

En Europa, el estudio de las organizaciones criminales ha estado orientado más al tipo de actividades que estas estructuras realizan que a los individuos que las componen. De hecho, algunos autores prefieren hablar de la “industria del crimen”, “empresas criminales” y “mercados ilegales”, haciendo énfasis en el provecho económico que se deriva a partir de las actividades ilícitas<sup>19</sup>. Con las excepciones de Países Bajos y España, la definición de organizaciones criminales adoptada en la mayoría de los países de Europa se acercó al paradigma de la empresa ilegal. La definición alemana, adoptada en 1986 por los ministros de interior y justicia, tuvo influencia y fue acogida por varios Estados europeos<sup>20</sup>. En ella se indicaba que el crimen organizado se entendía como: “La planeación de diversos delitos con la finalidad de obtener provecho económico o poder, los cuales deben ser, solos u observados desde un plano amplio- de gran importancia y cometidos por más de dos individuos que cooperan entre sí con división de tareas y por un periodo indeterminado de tiempo, utilizando a) estructuras comerciales o similares, b) violencia u otros medios de

---

<sup>19</sup> Véase en: NAYLOR, “Toward a General of Profit Driven Crimes”, en *British Journal of Criminology*, V. 43. pp. 81-103; VAN DUYNÉ / MALJEVIC / VAN DIJCK / VON LAMPE / NEWELL, *The Organisation of Crime for Profit...*, 2006; EDWARDS/LEVI, “Researching the Organization of Serious Crimes”, en *Criminology and Criminal Justice*, Vol. 8, Noviembre de 2008, pp. 363-368.

<sup>20</sup> Véase en: PAOLI/VANDER BEKEN, “Organized Crime: a contested concept”, en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, 2014, p. 20.

intimidación, c) influencia en política, medios de comunicación, la Administración pública, la justicia y la economía (legítima)”<sup>21</sup>.

La Unión Europea, que en el pasado no se había pronunciado sobre el concepto de delincuencia organizada, promulgó en 1997 una normativa sobre este fenómeno sobre la base de ciertos elementos, siendo imprescindibles: la colaboración de dos o más personas, la sospechada comisión de delitos graves y la motivación por la búsqueda del lucro o del poder. También identificó otras características de este tipo de delincuencia que no son imprescindibles, es decir, que no es necesario que se presenten en cada organización delictiva, tales como: que cada persona tenga una tarea asignada, que las actividades se realicen por un periodo de tiempo prolongado o indefinido, el uso de la disciplina o el control, que las operaciones se realicen a nivel internacional, el uso de la violencia u otros medios de intimidación, el uso de una estructura similar a la empresarial, el involucramiento con el lavado de dinero y la influencia en políticos, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales, o en la economía<sup>22</sup>.

Posteriormente, la Decisión marco 2008/841/JAI definió a la organización delictiva como “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de

---

<sup>21</sup> BKA, Bundeskriminalamt, Annual, *Lagebild Organisierte Kriminalität Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden. BKA.

<sup>22</sup> Véase en: Consejo de la Unión Europea. Documento Enfopol 161-REV-3. Adoptado por el Consejo el 21 de abril de 1999.

seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Para dicho concepto era esencial el elemento de “asociación estructurada”, entendido por la Decisión-Marco como “una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.

España, siguiendo dicha concepción, promulgó la LO 5/2010, la cual incorporó al Código penal los delitos de organizaciones y grupos criminales (artículo 570 Bis, 570 ter y 570 quáter). En dicha normativa se estableció que se entiende por organización criminal: “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”; mientras que acogió el concepto de grupo criminal como: “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”. En esa medida, parece claro que el legislador español entendió que la organización delictiva es una forma de asociación mucho más estructurada que un mero grupo criminal. La estabilidad, la duración indefinida y la concertación de tareas o funciones se incluyeron como los factores característicos de las

organizaciones delictivas, los cuales pueden presentarse en los grupos criminales, de los cuales solo se exige la concertación para la comisión de delitos o faltas. No obstante, estos siguen siendo más estables que la mera coparticipación criminal<sup>23</sup>. Sin embargo, algunos autores consideran que el legislador español se excedió en esta normativa, en la medida en que, pese a que los lineamientos internacionales no lo exigían, consagró la punición a organizaciones criminales cuyo fin sea cometer cualquier tipo de delitos y no sólo los que aquella denomina como “graves” o de pena superior a cuatro años; incluso castigó en este sentido cualquier tipo de falta, siempre que se presente reiteradamente. También se ha criticado que se haya prescindido en dicha tipificación de la consagración de una finalidad o ingrediente subjetivo relativo al provecho económico, el cual sí se encontraba previsto en la normativa internacional<sup>24</sup>.

Por otra parte, en 1995 se creó la Oficina Europea de Policía – Europol–, entre cuyos objetivos se encuentra mejorar la eficacia en “la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas graves de delincuencia internacional, en la medida en que existan indicios concretos de una *estructura delictiva organizada* y que dos o más Estados miembros se vean afectados por las formas de delincuencia antes mencionadas...”<sup>25</sup>. En 2001, Europol estableció once indicadores para considerar a un

---

<sup>23</sup> Véase en: CRESPO BAQUERO *El Tratamiento de la corrupción como crimen organizado...*, 2010, p. 4.

<sup>24</sup> Véase en: GONZÁLES RUS, *Aproximación político criminal...*, 2013, pp. 95-96.

<sup>25</sup> Artículo 2.1. del “Convenio Basado en el Artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol)”. <https://www.boe.es/boe/dias/1998/09/28/pdfs/A32349-32366.pdf>

grupo criminal como una organización delictiva, cuatro obligatorios y siete optativos. Los obligatorios son: la colaboración de más de dos personas, la búsqueda de beneficios o poder, la actuación prolongada o indefinida en el tiempo y la comisión de delitos graves. Los optativos son: el reparto específico de tareas, la existencia de mecanismos de control y disciplina interna, el uso de influencia o corrupción, la extensión de la actividad al ámbito internacional, el uso de la violencia, el empleo de estructuras económicas o comerciales y la implicación en el blanqueo de capitales<sup>26</sup>.

### **1.3. Naciones Unidas**

Los trabajos de Naciones Unidas dirigidos a reforzar la cooperación internacional contra el crimen organizado se remontan a los años 1975 y 1980, en los que se celebraron, respectivamente, los V y VI Congresos sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes. No obstante, el instrumento más destacado es la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, firmada en Palermo los días 12 a 15 de diciembre de 2000 y aprobada por Resolución 55/25 de la Asamblea General, con entrada en vigor en septiembre de 2003 y ratificada por 147 países<sup>27</sup>. Dicha convención define el grupo delictivo organizado como: “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con

---

<sup>26</sup> Documento 6204/2/97 Enfopol 35, rev 2 de EUROPOL.

<sup>27</sup> United Nations, Treaty Collection: 12, United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2012.

arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Posteriormente, señala la misma Convención que: por “grupo estructurado” se entiende: “un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

Luego, en el artículo 5, la Convención insta a los Estados que la hayan ratificado a tipificar en sus legislaciones internas como delito la “participación en un grupo delictivo organizado”, conducta que se realizaría a través de dos modalidades, ambas de forma “intencional”, según dispone la Convención. La primera es el acuerdo para cometer un delito grave con el propósito de obtener un beneficio económico u otro de orden material. Esta modalidad también se puede realizar, según la Convención, con la simple participación en las actividades del grupo delictivo organizado. La segunda modalidad es el apoyo a dichos grupos delictivos organizados a través de su organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

### **a) Tipologías de grupos criminales (CIPC)**

Con el objetivo de poner en práctica este instrumento, así como de unificar los criterios que en los distintos países se tienen acerca de la criminalidad organizada, el Centro Internacional para la



Prevención de la Criminalidad (CIPC), en cooperación con el Centro de Investigación Interregional de Delitos y Justicia de las Naciones Unidas (UNICRI) dirigió una investigación en la que se reunió información de alrededor de 40 grupos delictivos ubicados en 16 países<sup>28</sup>, encontrando una alta cantidad de similitudes entre ellos<sup>29</sup>. A partir de estos hallazgos, el CIPC formuló 5 tipologías de grupos criminales<sup>30</sup>:

La primera de ellas, denominada “jerarquía estándar”, es la forma más común de criminalidad organizada. Se caracteriza por tener un único líder y una jerarquía claramente definida, así como sistemas de disciplina interna estrictos. También puede presentar fuertes componentes de identidad étnica, aunque no siempre es el caso. Hay una relativa identificación de las tareas entre los miembros y generalmente un código de conducta interno, aunque este sea implícito. La violencia es esencial en sus actividades y con frecuencia tienen una clara influencia o control sobre un territorio. Ejemplos de este tipo de organización son las organizaciones

---

<sup>28</sup> Los países en los que se realizó el estudio fueron: Australia, Canadá, Colombia, República Checa, Alemania, Italia, Japón, Países Bajos, EE. UU., Reino Unido, Sudáfrica y Rusia. Se añadieron datos de otros estudios llevados a cabo por UNICRI en Lituania, Ucrania, Bulgaria, Albania y Bielorrusia. De igual forma se aportaron datos sobre grupos específicos de China y México, además se hizo un estudio de algunos países del Caribe. Algunos análisis no fueron incluidos al final, por lo que se usaron los datos de únicamente 16 países. Véase en: UNODC, *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, 2002, p. 11.

<sup>29</sup> UNODC, *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, 2002, p. 3.

<sup>30</sup> UNODC, *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, 2002, p. 34 y ss.

criminales chinas, rusas y las de países de Europa del este, como Bulgaria, Lituania y Ucrania<sup>31</sup>.

La segunda tipología se denomina “jerarquía regional”. Pese a que en ella existe cierta estructura jerárquica con relativas líneas de mando desde el centro, las organizaciones regionales que están bajo el control del grupo gozan de cierto grado de autonomía. Incluso en algunos casos las organizaciones regionales parecen operar de acuerdo con un modelo de franquicia, conforme al cual pagan dinero y ofrecen su lealtad a la organización central para poder utilizar su nombre. De esta forma, el control de la estructura central se replica en las regionales<sup>32</sup>.

La tercera tipología de organización delictiva se denomina “agrupación jerárquica”. En ella existe una jerarquización diversificada en varios grupos, sobre los cuales se ejerce una vigilancia externa. Esos grupos pueden tener estructuras diversas, pero generalmente mantienen una jerarquía estándar. El grado de autonomía de cada uno de los grupos que conforman la organización es relativamente alto. Dada la variedad de los grupos que las integran, es frecuente que en este tipo de organizaciones se realicen actividades delictivas. Un ejemplo de este tipo de organización lo representan las pandillas de prisión de Sudáfrica<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> UNODC, *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, 2002, pp. 34-35.

<sup>32</sup> Véase en: UNODC, *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, 2002, pp. 35-37.

<sup>33</sup> Véase en: UNODC, *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, 2002, pp. 37-39.

La cuarta categoría es conocida como “grupo central”. En este tipo de organización delictiva hay un limitado número de individuos que forman parte de una estrecha estructura grupal encargada de llevar a cabo unos asuntos criminales concretos. Puede haber una división interna de actividades entre los miembros centrales. Este tipo de organizaciones son generalmente pequeñas y propensas a especializarse en actividades delictivas o incluso una sola. Pese a ello, existe una estricta disciplina interna y uso de la violencia, aunque ello no en la misma medida que en la tipología de la jerarquía estándar. El ejemplo paradigmático de este tipo de estructuras es el clan McLean que opera en Australia<sup>34</sup>.

Como quinta tipología de las organizaciones delictivas se encuentran las “redes criminales”. Este tipo de estructuras se caracterizan por las alianzas entre distintos individuos y grupos que las componen, los cuales, si bien pueden no ser identificados como miembros de una organización específica, en actividades ilegales caracterizadas por alianzas con otras organizaciones cooperan entre sí para la consecución de proyectos criminales conjuntos. En este tipo de organizaciones es esencial que sus miembros mantengan una firme lealtad y confianza entre sí, lo cual resulta indispensable para el mantenimiento de sus relaciones y la consecución de sus fines. Un ejemplo de este tipo de organización criminal lo brindan las redes criminales del oeste de África, compuestas principalmente por nigerianos, las cuales han alcanzado un alto control del mercado

---

<sup>34</sup> Véase en: UNODC, *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, 2002, pp. 39-41.

ilícito en dicha zona<sup>35</sup>. Otro ejemplo de una organización de este tipo son las redes criminales dedicadas a la trata de personas, en las que es frecuente que haya grupos de personas tanto en los países de origen de las víctimas, dedicados a convencerlas a través de promesas engañosas, y también están los grupos asentados en los países de destino, en donde las víctimas son despojadas de sus pasaportes y obligadas a realizar tareas en contra de su voluntad, como la prostitución o el trabajo forzado.

## **2. Aproximación desde la teoría de sistemas complejos**

Las investigaciones criminológicas sobre las organizaciones delictivas han topado con dificultades para identificar los rasgos que identificarían a este tipo de estructuras como un fenómeno particular diferenciable de cualquier otra forma de delincuencia colectiva, esencialmente porque los instrumentos criminológicos tradicionales no han sido concebidos para estudiar las interacciones sistemáticas en el interior de las propias organizaciones delictivas, entre los grupos criminales o entre estos y otros sistemas sociales, esto es, no están diseñados para enfocar una comunicación de sistemas sociales más complejos.

En esa medida, una aproximación posible al fenómeno de las organizaciones criminales es la teoría de los sistemas complejos. Desde esta perspectiva, la organización delictiva es entendida como

---

<sup>35</sup> Véase en: UNODC, *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, 2002, pp. 41-43.

un sistema social en el que se desarrollan procesos de comunicación y decisión<sup>36</sup>. Es la coordinación planificada de las actividades de un grupo de personas para procurar el logro de un objetivo o propósito explícito y común, a través de la división de trabajo y funciones, y a través de una jerarquía de autoridad y de responsabilidad. Aquella existe independientemente de quienes la componen y se caracteriza por la distinción de roles y competencias en quienes la integran<sup>37</sup>.

## **2.1. Teoría de los sistemas sociales complejos (LUHMANN)**

LUHMANN, padre de la teoría de los sistemas sociales complejos, diferencia tres tipos de sistemas sociales: la integración, la organización y la sociedad. La integración, que se caracteriza por la presencia física de sus integrantes, quienes se perciben mutuamente y llevan a cabo la comunicación entre sí, este sistema dura mientras dura la co-presencialidad de los interactuantes; la organización, caracterizada por la capacidad de condicionar la pertenencia, en tanto para ingresar y permanecer a una organización una persona debe satisfacer las condiciones establecidas por el sistema organizacional; y la sociedad, caracterizada como un sistema que comprende todas las comunicaciones. Hoy en día es un sistema único, global: la sociedad mundial<sup>38</sup>. Las organizaciones para LUHMANN son sistemas complejos formados por comunicaciones de

---

<sup>36</sup> Hay quienes consideran inadecuado recurrir a la teoría de las organizaciones en este tipo de escenarios, argumentando para ello que se trata de una teoría bastante abstracta. Véase en: ORTIZ DE URBINA GIMENO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”, en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

<sup>37</sup> SCHEIN, *Psicología de la organización*, 1982, p. 14.

<sup>38</sup> LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, 1990, p. 35.

decisiones. Un sistema complejo formado por decisiones supone que éstas servirán como premisas para otras decisiones. Para que ello funcione es necesario que las decisiones –aunque sean pasajeras, puedan fijar ciertas determinaciones de sentido y sean capaces de indicar los puntos críticos en que el decidir posterior se plantea en contradicción con el decidir anterior. Esto quiere decir que las decisiones van abriendo y cerrando caminos para el decidir posterior. Sin embargo, dado que se trata siempre de decisiones, es posible que el decidir posterior se aparte del camino preferido –señalado– por el decidir previo<sup>39</sup>.

Esto resulta muy importante para lo que es objeto de la investigación, en la medida en que explica cómo se encuentra constituida la causalidad para la toma de decisiones en las organizaciones, incluidas las tomadas por los miembros ubicados en la parte inferior de estas estructuras, las cuales tienen su justificación en decisiones previas de los superiores. Sin embargo, es importante aclarar que sólo se trata de un proceso causal y, como se verá más adelante, para atribuirle a alguien un hecho como propio es necesario además una valoración de su conducta. La diferenciación en los sistemas sociales ha llevado a que existan subsistemas especializados, dedicados al cumplimiento de distintas funciones, como sucede por ejemplo en los ámbitos de lo económico, lo político, lo religioso, lo propio de la ciencia, etc.. Estos subsistemas tenderían a ser cada vez más autónomos en la

---

<sup>39</sup> Véase en: RODRÍGUEZ, *Gestión organizacional*, 2006, p. 101.

sociedad contemporánea<sup>40</sup>. Sin embargo, son demasiado amplios, vagos y complejos para dar respuesta a los problemas concretos de la sociedad (como por ejemplo el analfabetismo, el sida, el hambre, etc.), por lo que recurren a organizaciones para responder de forma precisa a los problemas que aquejan a la sociedad.

De la misma forma, las sociedades recurren a las organizaciones para obtener incluso los bienes y/o servicios que se encuentran prohibidos, los cuales son provistos en su mayoría por las organizaciones delictivas. Las organizaciones delictivas emergen en las sociedades como cualquier sistema de poder, demostrando con ello que la organización social es una estructura única polivalente y no determinada sólo por normas “buenas”, por lo que el crimen organizado resulta “funcional a la sociedad cuando la sociedad funcional al crimen” <sup>41</sup>. La eficacia de cualquier tipo de organización se basa en la seguridad, eficacia y exactitud de sus comunicaciones; sin embargo, tal y como lo señala LUHMANN, los procesos de comunicación ocultan una gran complejidad que aparece en el intercambio de mensajes entre los individuos. La complejidad de dichos procesos aumenta aún más cuando en ellos interviene un mayor número de interlocutores, tal como suele ocurrir precisamente en las organizaciones delictivas. Entre más elementos contenga un sistema social, mayor complejidad habrá para que un elemento que lo conforma pueda relacionarse con otro

---

<sup>40</sup> Véase en: LUHMANN, *La sociedad de la Sociedad*, Ed. Herder, México, 2007, p. 108.

<sup>41</sup> Véase en: CIAPPI, *Delincuencia Organizada*, 2010, p. 33.

que también hace parte él<sup>42</sup>. La complejidad, en otras palabras, se refiere a que las diferentes decisiones abren posibilidades, ofrecen alternativas. Es precisamente por esta razón que se hace necesaria la selectividad, y la decisión es eso: un mecanismo selectivo que permite a su vez generar las bases para una nueva decisión que también deberá ser selectiva. Las organizaciones no sólo generan los elementos que las componen, sino que además definen sus propias formas según van procesando su selectividad y la conexión entre las decisiones previas y las posteriores. Una organización, por ejemplo, puede optar por un esquema democrático o uno piramidal, según cuál sea la forma de conexión entre los elementos (decisiones) y la importancia relativa que las diversas selecciones tienen en la organización<sup>43</sup>.

LUHMANN señala que el poder crece en la medida en que aumentan las alternativas del sometido. En otras palabras, se necesita muy poco poder para conseguir que alguien que no tiene alternativas obedezca. Se necesita un poder mayor si esta persona dispone de algunas posibilidades de acción que son alternativas a la acción de obedecer. Finalmente, se necesita un poder mucho mayor si aquella persona, sobre la que se pretende ejercer poder, tiene una gran cantidad de acciones alternativas a su disposición. El poder así entendido es un medio simbólicamente generalizado de comunicación. Esto quiere decir que es un mecanismo adicional al lenguaje, que es utilizado por una persona para conseguir que otra

---

<sup>42</sup> Véase en: LUHMANN, *Organización y decisión*, 1997, pp. 14-15.

<sup>43</sup> Véase en: RODRÍGUEZ, *Gestión organizacional*, 2006, pp. 102-103.



acepte sus selecciones para las alternativas propias<sup>44</sup>. En esa medida, es importante mencionar que el nivel de libertad de quienes se encuentran en la base de las organizaciones está determinado por el nivel de complejidad de la propia organización y, asimismo, por la selectividad que esta adopte en cuanto a la toma de decisiones. Las organizaciones delictivas pueden alcanzar un sistema de complejidad bastante avanzado, dado principalmente por los procesos de diversificación que allí se dan, consistentes en la especialización de los individuos y sectores en el desarrollo de una determinada área.

## **2.2. Las organizaciones delictivas como sistemas de injusto (LAMPE)**

LAMPE, quien parte del concepto de sistema de injusto de LUHMANN, considera que no se ha desarrollado ninguna teoría unificada del injusto de sistema, ni ninguna teoría unificada de la responsabilidad en el seno de los sistemas de injusto, pues la dogmática penal y la criminología se han centrado primariamente en las estructuras del injusto individual y no del sistema. Así, pese a que la dogmática tiene en cuenta el hecho de que un autor puede agruparse con otros formando un sistema organizado de manera más o menos estricta, aquella no ha construido un esquema de la responsabilidad penal del propio sistema social<sup>45</sup>. A modo de *lege ferenda*, sugiere la necesidad de tipificar un injusto de sistema, el cual, si bien es cierto no ha sido reconocido en términos generales,

---

<sup>44</sup> Véase en: RODRÍGUEZ, *Gestión organizacional*, 2006, p. 123.

<sup>45</sup> Véase en: LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, p. 98.

sí se prevé específicamente para algunos tipos penales relativamente recientes (en la legislación alemana), como los que tipifican las agrupaciones criminales o terroristas. Según este autor, esta laguna es especialmente problemática en el ámbito del Derecho penal económico y de empresa, en el que, si bien se parte de que las empresas son destinatarias de deberes jurídicos, se considera que son las personas naturales las responsables del incumplimiento, excluyendo de responsabilidad jurídico penal al propio sistema.<sup>46</sup>

En ese sentido, LAMPE distingue entre diversos sistemas de injusto jurídico-penales, esto es, “relaciones entre individuos organizadas hacia fines injustos”<sup>47</sup>, principalmente sistemas de injusto simple y constituido. El sistema de injusto simple es aquél en el que los individuos se organizan hacia un fin específico. El ejemplo típico de este tipo de sistema es la coautoría, que se concibe en términos naturalísticos como una “reproducción de causales relevantes”, en la que éstas existen también entre los diferentes autores, de manera que “existe una correlación causal entre el mundo externo, por un lado, y el mundo interno del sistema de los coautores por otro”<sup>48</sup>, sin que ninguna de dichas causas sea suficiente, por sí sola, para fundamentar la coautoría. Así, la coautoría sería más que la mera suma de conductas de autores individuales, sería un “injusto de sistema funcionalmente organizado” en el que los autores actúan de manera solidaria, rebasando de esta forma el actuar individual

---

<sup>46</sup> Se refiere LAMPE al ordenamiento jurídico alemán, en el que no ha sido consagrada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a diferencia de otros ordenamientos como el español.

<sup>47</sup> LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, p.103

<sup>48</sup> LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, p. 104.

aislado. Ello generaría una nueva forma de responsabilidad, a saber, la responsabilidad del sistema, la cual va “más allá de la responsabilidad por su propio hacer, incluye el comportamiento del otro coautor sistemáticamente vinculado”<sup>49</sup>. En los sistemas de injusto simple los coautores forman un sistema a través de la organización de sus relaciones en un plan conjunto, para lo cual se atribuyen distintos roles. Este tipo de injusto surge cuando al menos uno de los coautores entra en una relación de injusto con el entorno social. Aquí el hecho es atribuible al sistema en la medida en que el autor actúa como un “funcionario”, motivo por el cual el hecho es atribuible, además, a los demás miembros, “ya que estos son causantes del sistema y, por ello, tienen que cargar con la responsabilidad”. No obstante, los hechos delictivos cometidos por los miembros del sistema que no correspondan a su rol o que persigan fines ajenos a la organización (“hechos que exceden” no pueden ser imputados al sistema.<sup>50</sup> Esta construcción teórica resulta de suma importancia, en la medida en que LAMPE no se limita a decir que existe un sistema que está por encima de los individuos que lo integran y que los injustos cometidos por ellos automáticamente también son atribuibles al sistema. Por el contrario, LAMPE fija unas bases dogmáticas para construir la responsabilidad de los miembros del sistema partiendo del injusto de la organización o del sistema. El criterio para atribuir el hecho al sistema es la constatación de que el comportamiento individual estuvo motivado por la vinculación a la estructura.

---

<sup>49</sup> LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, p. 104.

<sup>50</sup> LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, p. 125.

Los sistemas de injusto constituido son aquellos configurados institucionalmente mediante una constitución o unos estatutos – formales o informales– que definen los objetivos del dicho sistema. Tal clase de sistema no sólo es “más que la suma de las partes” como ocurre en el simple, sino que, además, es independiente del cambio de sus partes, por lo que puede estar integrado por un mayor número de individuos, y por lo que adquiere un mayor grado de complejidad que el sistema simple. En este tipo de sistemas de injusto la comunicación y la interacción están planeadas de forma jerárquica y selectiva. Para asegurar la consistencia de la comunicación existen ciertos canales de información, desde los cuales se envían mensajes en desde los niveles superiores a los inferiores. Este tipo de organización estructurada jerárquicamente permite que estos sistemas de injusto funcionen de forma eficiente.

Dentro de los sistemas de injusto constituidos LAMPE realiza una subdivisión: a) sistemas orientados criminalmente, como las agrupaciones criminales; b) sistemas con tendencia criminal, como las empresas económicas con “actitud criminal”; y c) sistemas pervertidos criminalmente, como las instituciones de injusto estatales<sup>51</sup>. El primer tipo de sistema de injusto constituido, esto es

---

<sup>51</sup> Una categorización similar se puede encontrar en FERRAJOLI, quien engloba en un solo concepto algo parecido al injusto de sistema constituido que menciona LAMPE. Él lo denomina “criminalidad del poder” y la clasifica en la de los poderes abiertamente criminales, la de los crímenes de los grandes poderes económicos y la de los crímenes de los poderes públicos. Esto es, se trata de unas categorías bastante similares a las mencionadas por Lampe, aunque con distintas denominaciones, pero que comprenden un mismo contenido. Véase en: FERRAJOLI, “Criminalidad y globalización”, en: CARBONELL, Miguel/VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.), *Globalización y Derecho*, 2009, pp. 147 y ss.; CARNEVALI RODRÍGUEZ, “Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de *lege ferenda*”, en *Revista de Derecho*, 2014, pp. 70 y ss.

“las agrupaciones criminales”, se caracteriza por cuatro elementos: el potencial humano y técnico disponible para la planificación y ejecución de los delitos; la firme organización externa que somete este potencial al dominio de la voluntad común; la finalidad criminal constituyente del sistema perseguida por los partícipes con ayuda del potencial (la “filosofía” de la asociación); y el sentimiento interno de fraternidad<sup>52</sup>. LAMPE es más estricto en el alcance de la imputación para este tipo de injusto, en tanto considera que los delitos cometidos deben caracterizar (o en todo caso co-caracterizar) la estructura interna de la asociación. En este sentido, afirma que no serían característicos de la organización los hechos delictivos con los que la agrupación solo simpatiza<sup>53</sup>

Las “empresas económicas con tendencia criminal” son aquellas en las que, como fruto de la misma organización sistemática de la empresa, se derivan infracciones dolosas o imprudentes, como, por ejemplo, la contaminación de aguas o la infracción a limitaciones de exportación. LAMPE excluye de este tipo de injusto aquellas empresas cuyo fin principal es la comisión de conductas delictivas, en tanto estas se encuadrarían en el ámbito de las agrupaciones criminales. Así mismo, excluye los casos en los que los empleados que utilizan la empresa para la comisión de delitos, en tanto no corresponden a un injusto del sistema sino del individuo. En este sentido, indica LAMPE que el injusto corresponde a una dimensión sistémica cuando desde la misma “filosofía empresarial” se reduce

---

<sup>52</sup> Véase en: LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, p. 128.

<sup>53</sup> Véase en: LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, p. 129.

la barrera psicológica para las acciones antijurídicas, favoreciendo la “actitud criminal”. Este tipo de filosofía empresarial se presenta cuando se le da prioridad al éxito a los resultados por encima de los medios empleados, incluso provocando la utilización de medios socialmente peligrosos, como, por ejemplo, la distribución de productos peligrosos a la comunidad o la infracción del principio de precaución en temas medioambientales. En este tipo de eventos, el injusto no solo corresponde al individuo sino al sistema como un todo, por lo que también debería serle imputado<sup>54</sup>.

En cuanto al “injusto de Estado y estructuras estatales criminalmente pervertidas”, LAMPE menciona que, a diferencia de las agrupaciones criminales y de las empresas con tendencias criminales, en las estructuras estatales criminalmente pervertidas no hay una infracción evidente de las leyes estatales, pues, por lo general, ni el estado ni sus instituciones son ilegales, sino que siguen las normas conforme a las que han sido creados. Sin embargo, a raíz de ello pueden incurrir en cierto tipo de injusto, caracterizado precisamente por su ilegitimidad, en tanto son sistemas constituidos antijurídicamente y cuyas leyes contienen un injusto o cuyos actos son manifiestamente antijurídicos, sin la posibilidad de que este tipo de defectos puedan corregirse de acuerdo con los procedimientos establecidos, en tanto el sistema, como conjunto, es corrupto<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, p. 131.

<sup>55</sup> Véase en: LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, pp. 121 y ss.

### 3. Balance

Una aproximación al concepto de las organizaciones delictivas puede realizarse con base en diversos enfoques. A partir de uno político-criminal se puede identificar a nivel global una marcada preocupación por la criminalidad organizada transnacional, así como la finalidad de abarcar la mayor cantidad de conductas posibles que puedan entenderse dentro del concepto y la intención de diferenciarlo de las meras asociaciones esporádicas para cometer uno o pocos delitos, de poca gravedad o de manera instantánea, las cuales son calificadas como “asociación estructurada” o “grupo criminal”. Los distintos esfuerzos normativos por definir a las organizaciones delictivas han marcado el acento en que al menos se trate de una agrupación estructurada para la comisión de graves delitos y que esté orientada hacia la obtención de un provecho ilícito, el cual puede ser económico o de otro tipo. Un enfoque fenomenológico, sustentado a partir de los postulados de LUHMANN, hace énfasis en que las organizaciones son sistemas sociales complejos formados por la comunicación de decisiones, los cuales se distinguirían de otro tipo de sistemas sociales –como las interacciones y las sociedades– por su capacidad de condicionar la pertenencia; es decir, de poner condiciones que deben ser cumplidas por quienes quieren ingresar y permanecer en ellas. LAMPE parte de los planteamientos de LUHMANN para indicar que “no se ha desarrollado ninguna teoría unificada del injusto de sistema, ni ninguna teoría unificada de la responsabilidad en el seno de los

sistemas de injusto”<sup>56</sup>. Él Identifica que existen sistemas de injusto simple –que hacen referencia a la organización de individuos hacia fines específicos, como sería el caso de la coautoría– y sistemas de injusto constituido –los cuales están configurados para perdurar y, a diferencia de los sistemas de injusto simple, son más que la suma de sus partes, en tanto en cuanto son independientes del cambio de ellas–.

En este trabajo se adoptará un concepto de las organizaciones delictivas como sistemas sociales complejos estructurados verticalmente. Esto significa que en ellas existen distintos niveles que se distinguen entre sí por el grado de poder con el que operan sobre los otros. Así, mientras que desde los niveles superiores se toman decisiones que son comunicadas a los niveles inferiores, estos a su turno se encuentran influenciados para acatarlas. Es decir, las decisiones tomadas por las bases inferiores de sistemas sociales jerarquizados se encuentran a su turno condicionadas por las decisiones tomadas desde la cúpula de la organización. En esa medida, existe poder desde los niveles superiores para reducir la alternatividad en los niveles inferiores encargados de ejecutarlas, en los que se reduce la alternatividad en la toma de las propias decisiones, esto es, se presenta un fenómeno de selectividad. Así, se adopta el concepto dogmático propuesto por LAMPE para indicar aquellos sistemas de injusto constituido, en los que las organizaciones adquieren una configuración institucional duradera mediante una constitución –formal o informal–. Lo que las

---

<sup>56</sup> LAMPE, *Injusto del Sistema y Sistemas de Injusto*, 2003, p. 98.



distinguiría de cualquier tipo de agrupación es precisamente su carácter institucional<sup>57</sup> –de institución antisocial– que, en palabras de SILVA SÁNCHEZ: “hace de ella (s) no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes”<sup>58</sup>. Las organizaciones delictivas a las que aquí se hace referencia abarcan fenómenos como “los sistemas de injusto constituido orientados criminalmente” mencionados por LAMPE, esto es, asociaciones delictivas como las mafias o los carteles en los que es más que evidente la orientación criminal de la organización. Igualmente, se hace referencia al “injusto de Estado y estructuras estatales criminalmente pervertidas”, esto es, a organizaciones criminales estatales de tipo corrupto en las que se presenta un abuso generalizado del poder. Sin embargo, en este concepto no se abarca los “sistemas con tendencia criminal”, en la medida en que, si bien se trata de asociaciones ilícitas cuyas verdaderas actividades están orientadas criminalmente, en este tipo de sistemas sociales no se presentan la jerarquía y la obediencia de igual forma como en los anteriores, por lo que, los criterios imputación a los individuos que los integran varían de forma considerable y escapan de lo que aquí es objeto de estudio.

En esa medida, elementos como un determinado número de integrantes o el control territorial de alguna zona no son realmente característicos de los sistemas sociales a los que aquí se hace

---

<sup>57</sup> Es importante aclarar que el uso del término “institucional” en este caso no está relacionado por la “competencia institucional” sobre la que se tratará *infra* en el capítulo sobre el fundamento del tipo objetivo.

<sup>58</sup> SILVA SÁNCHEZ, “¿Pertenencia” o “Intervención? Del delito...”, 2004, pp. 1069 y ss.

referencia. Realmente lo importante es que en la agrupación criminal haya asignación de competencias claras a sus miembros, dentro de las cuales deben quedar evidenciados los niveles desde los cuales se toman decisiones y desde los que se tiene poder para ejecutarlas o hacerlas ejecutar. Así, las organizaciones delictivas a las que aquí se hará referencia son aquellas conformadas por un gran número de personas (lo suficiente para distinguirlas de una mera asociación), estructuradas jerárquicamente, con identificación clara de los roles de sus participantes, encaminadas a la comisión de delitos para la obtención de un provecho, no necesariamente de tipo económico. En esa medida, se incluyen no solo las organizaciones de tipo mafioso, sino incluso estructuras de origen estatal orientadas a la comisión de delitos, esto es, corrompidas. Sin embargo, no se incluirá en este concepto las organizaciones empresariales que son utilizadas para la comisión de delitos, pues se considera que las estructuras de imputación para este tipo de sistemas varían enormemente de las organizaciones a las que aquí se hará referencia.

## **SEGUNDA PARTE: DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

### **1. El problema de la responsabilidad jurídico-penal del superior jerárquico en el Derecho penal internacional**

El alcance de la responsabilidad del superior jerárquico por los crímenes cometidos por sus subordinados ha sido objeto de intensa discusión en el Derecho penal internacional. Esto se debe principalmente a que, tal y como lo ha manifestado el TPIY, en la mayoría de las ocasiones, los crímenes internacionales son cometidos a través de organizaciones y, pese a que son ejecutados solo por algunos individuos, corresponden a un propósito común; es decir, son manifestaciones de una criminalidad colectiva<sup>59</sup>. Por tanto, la participación y contribución de los altos mandos o líderes – políticos o militares– es vital para propiciar dicha comisión. De ello se deriva que la gravedad de sus actos no es menor ni diferente, por lo que surge la necesidad de proveer herramientas para identificar

---

<sup>59</sup> Véase en: TPIY. Caso *Tadic*. Fallo de la sala de apelaciones. 15 de julio de 1999. Párr. 191. En este mismo sentido se ha manifestado AMBOS, para quien: “los autores de alto nivel (...) raramente cometen delitos por sí mismos (...), en lugar de ello emplean niveles intermedios –o bajos– de autores para ejecutar sus planes delictivos”. AMBOS, *Comentarios a la Parte General del Derecho Penal Internacional*, 2008, p. 69.

adecuadamente qué parte del crimen y en qué forma puede ser atribuido a dichos superiores<sup>60</sup>.

Desde principios del siglo XX existe una preocupación la impunidad de los superiores militares por los crímenes cometidos por las fuerzas bajo su mando. En las Convenciones IV y X de la Haya de 1907, relativas respectivamente a “las leyes y costumbres de la guerra terrestre”, y “para la Adaptación a la Guerra Marítima de los Principios del Convenio de Ginebra”, se establecieron ciertos deberes para los comandantes en relación con las conductas cometidas por sus subordinados en territorios<sup>61</sup>. Sin embargo, estos instrumentos no contenían normas de naturaleza penal sino solamente internacional, siendo los obligados los Estados, no los individuos<sup>62</sup>. Dichas disposiciones son las primeras declaraciones de los modernos principios y reglas de la guerra, es decir, del DIH. Como se verá más adelante, las primeras condenas jurídico-penales internacionales de individuos solo aparecen en el escenario

---

<sup>60</sup> Véase en: OLÁSOLO, *The Criminal Responsibility...*, 2009, p. 20; WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, pp. 284 y ss; AMBOS, *Comentarios a la Parte General del Derecho Penal Internacional*, 2008, pp. 79 y ss., quien habla de la necesidad de hacer más sofisticado el sistema de imputación; CASSESE, *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual...*, 2016, p. 11; MARXEN, “Intervención en un injusto sistemático grave. Consideraciones sobre una teoría jurídico-penal internacional del delito”, en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, p. 30.

<sup>61</sup> Véase en: Bantekas, Ilias, “The Contemporary Law of Superior Responsibility”, en: *American Journal of International Law*, Vol 93, No. 3, (Julio 1999), pp. 573-595.

<sup>62</sup> Véase sobre las fuentes de intern la responsabilidad individual internacional: KREß, “Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrech”, en: *ZStW* 111, 1999, pp. 597-599.

internacional a partir de los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, específicamente en los juicios de Núremberg y Tokio<sup>63</sup>.

## **2. Enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la Primera Guerra Mundial**

En la Conferencia de Paz de París, los aliados decidieron juzgar los crímenes cometidos por el ejército alemán en la Primera Guerra Mundial. Para ello crearon la “Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y la imposición de sanciones” o también conocida como la “Comisión de los Quince” –en tanto fue conformada por delegados de quince Estados–, la cual presentó un informe el 29 de marzo de 1919 que versaba sobre cinco aspectos fundamentales, entre los cuales se puede destacar –para lo que aquí es objeto de estudio– la responsabilidad individual por hechos relativos a la violación de las leyes y costumbres de la guerra cometidos por el Imperio Alemán y sus aliados<sup>64</sup>. Esta Comisión planteó la necesidad de enjuiciar y sancionar no solo a los superiores que habían dado las órdenes de cometer crímenes, sino también a aquellos que ostentaron las posiciones jerárquicas más significativas o fueron miembros de alto rango –incluido el Jefe del Estado–, quienes, con conocimiento de causa y habilitados con poderes para intervenir, se habían abstenido de impedir o de tomar

---

<sup>63</sup> Véase en: WEIGEND, “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en: en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, p. 126.

<sup>64</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, pp. 42 y ss.

las medidas para impedir, hacer cesar o reprimir esos crímenes<sup>65</sup>. Con ello, se planteaba, de forma novedosa, la responsabilidad penal del individuo en el plano jurídico-internacional.

Con el Tratado de Paz de Versalles, firmado el 28 de junio de 1919, se consagró la facultad de los aliados de enjuiciar ante tribunales militares a los acusados de haber cometido violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. De hecho, el artículo 227 disponía que las potencias aliadas podrían enjuiciar a Guillermo II de Hohenzollern por “un delito supremo contra la moralidad internacional y la sanidad de los tratados”, para lo cual podrían solicitar al gobierno de Países Bajos la entrega del ex-emperador. Sin embargo, en ninguna de las disposiciones de este tratado se incluyó una cláusula sobre la naturaleza de dicha responsabilidad ni sobre la forma de imputación de dicha responsabilidad. De hecho, no está claro que se tratara de una responsabilidad puramente jurídica. Tampoco se incluyó ningún catálogo de delitos, ni el procedimiento a través del cual dicho enjuiciamiento pudiese llevarse a cabo.<sup>66</sup>

### **3. Enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial**

Tras la Segunda Guerra Mundial los Aliados decidieron juzgar a los responsables por los crímenes de guerra, principalmente por los

---

<sup>65</sup> Véase en: “Report of the Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties”, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1/2 (Jan. - Apr., 1920), p. 116 y ss, 121 y ss.; GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 41 y ss.

<sup>66</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, pp. 46-47.

tribunales militares estadounidenses, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (juicios de Tokio)<sup>67</sup>.

### **3.1. La responsabilidad del superior en el juicio del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y los juicios bajo la Ley n° 10 del Consejo de Control**

Antes de finalizar la Segunda Guerra Mundial, los países aliados acordaron en la Declaración de Moscú –firmada en octubre de 1943 por Franklin Delano Roosevelt, Winston Churchill y Josef Stalin– que, en lugar de proceder a la ejecución inmediata de los máximos responsables nazis por los crímenes cometidos durante la guerra, estos serían juzgados, para que, como lo expresó Corder Hull, Secretario de Estado de EE. UU. entre 1933 y 1944: “una condena después de un juicio como este será la sentencia de la historia y los alemanes no podrán decir que se les arrancó por la fuerza una confesión de culpabilidad”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Los estatutos de estos tribunales se inclinaron hacia la posibilidad de ser efectivos y evitar la impunidad ningún hecho, más que al estricto rigor jurídico. De esta forma: “al terminar la Segunda Guerra Mundial, algunas legislaciones internas ampliaron el concepto de complicidad a fin de poder perseguir al superior jerárquico que había organizado, dirigido, ordenado o tolerado los actos criminales de sus subordinados. En virtud de los nuevos textos, se presumía la responsabilidad del superior jerárquico a menos que hubiese una prueba en sentido contrario”. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1986, Volumen I, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1986, p. 95.

<sup>68</sup> Véase en: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/international-military-tribunal-at-nuremberg>.

A partir de dicho acuerdo, el 8 de agosto de 1945 se firmó la Carta de Londres, en la que se fijaron los principios y procedimientos bajo los cuales serían llevados a cabo los juicios de Núremberg. La redacción de este Estatuto fue fruto de la síntesis de elementos del sistema jurídico continental y el *common law*. En el artículo 1º se estatuyó que el Tribunal Militar Internacional estaría encargado de enjuiciar y condenar a los “principales criminales de guerra del Eje Europeo” y en el artículo 6 se definieron los crímenes internacionales respecto de los cuales tendría competencia: crímenes contra la paz (actual crimen de agresión), crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

En lo que interesa a este trabajo, en el artículo 6 se dispuso que quienes hubiesen liderado, organizado o incitado la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los crímenes ya mencionados, así como sus cómplices, serían “responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan”<sup>69</sup>. Es decir, se incluyó, por primera vez en el escenario del Derecho internacional, la responsabilidad penal de los líderes, organizadores o incitadores por la comisión de crímenes que hayan sido cometidos por sus subordinados a partir de sus órdenes o instrucciones. Como se mencionó, ya antes se habían promulgado disposiciones orientadas a instaurar la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el

---

<sup>69</sup> Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg disponible en: [http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto\\_del\\_tribunal\\_de\\_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66).



marco de la guerra; sin embargo, en esta ocasión se consagró por primera vez la responsabilidad *penal* de los individuos.

Además de este Estatuto, los países vencedores promulgaron la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado para enjuiciar a los máximos responsables de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Esta ley autorizó a todas las potencias ocupantes a tener su propio sistema legal para enjuiciar a los criminales de guerra y llevar a cabo juicios independientes del Tribunal Militar Internacional. Estos juicios se conocen como los “juicios menores de Núremberg”, en tanto se llevaron a cabo en la misma ciudad y en la misma sala de audiencias<sup>70</sup>. Destaca entre sus disposiciones el art. 2.2, el cual estableció que era responsable por los crímenes allí contemplados la persona que fuera principal o accesoria a su comisión, incluso mediante la instigación; así como quien hubiese tomado parte en su comisión de manera consentida o hubiese estado conectada con planes, empresas, grupos u organizaciones involucrados en ella. Así mismo se dispuso que también sería responsable de dichos crímenes quien hubiese ostentado una posición jerárquica, civil o militar, o quien hubiese ocupado “una posición elevada en la vida financiera, industrial o económica”<sup>71</sup>.

Brilla por su ausencia en estas disposiciones –tanto en la Carta de Londres como en la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado– una referencia a la forma de responsabilidad subjetiva –*mens rea*– del

---

<sup>70</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, pp. 55 y ss.

<sup>71</sup> Versión en inglés disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/>

superior jerárquico para hacerlo responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados. Tan solo en el referido art. 2.2. de la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado se indicó que su participación debía haber sido “consentida”, por lo que se entiende que hacía referencia a conductas dolosas, pero no se desarrolla más al respecto. Tampoco se mencionó que debía tratarse de fuerzas bajo su mando las que ejecutasen los crímenes, sino simplemente que la comisión de dichos delitos se debía derivar a partir de su participación en un plan común, la cual incluso se podría presentar en grado de complicidad. Esto permitió que las primeras condenas sustentadas en estas disposiciones carecieran de mayores análisis sobre el fundamento de la responsabilidad y la vinculación de los acusados con los hechos por los cuales fueron condenados, así como también carecieron de un análisis de fondo sobre la culpabilidad de los acusados.

Dentro de los juicios llevados a cabo por tribunales militares estadounidenses bajo la autorización de la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado destacan los siguientes casos por su relación con lo que es objeto de esta investigación.

### **a) *High Command Trial***

El caso “*United States of America vs. Wilhelm von Leeb, et al.*”, también conocido como *High Command Trial*” o “Caso No. 12” (después como “Caso No. 72”) fue el último de 12 juicios llevados a cabo por tribunales militares estadounidenses contra militares que ocuparon puestos de alto rango en las Fuerzas Armadas alemanas. Se discutió el alcance de la responsabilidad de los altos mandos

militares de los territorios ocupados por las conductas delictivas cometidas por los *Einsatzgruppen*<sup>72 73</sup>.

El tribunal manifestó que, entre los deberes de los mandos del Estado ocupante –al despojar del poder al Estado originario– están los de mantener el orden y proteger a la población civil frente a la comisión de crímenes. Señaló que las fuentes de dicha responsabilidad de mando son: “las costumbres de la guerra, los acuerdos internacionales, los principios fundamentales de humanidad y la autoridad del comandante que se ha delegado en él por su propio gobierno”. En ese sentido, indicó que la responsabilidad de los superiores jerárquicos no es ilimitada, sino que debe haber una “conexión” con los delitos cometidos por sus subordinados. No obstante, señaló que dicha conexión también puede ser “negativa”, pues, según los “principios básicos de la autoridad y responsabilidad de mando”, un oficial que se limita a permanecer al margen mientras sus subordinados cometen conductas que él sabe que son criminales, viola una “obligación moral en virtud del derecho internacional” y, por tanto, “al no hacer

---

<sup>72</sup> Grupos de operaciones (o también llamados “escuadrones de la muerte”) pertenecientes a la SS. Actuaron primero, superficialmente, en la anexión de Austria de 1938 y la invasión de Checoslovaquia (1939), y después, ya plenamente, en Polonia (1939) y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en 1941 como unidades especiales autónomas. <https://es.wikipedia.org/wiki/Einsatzgruppen>.

<sup>73</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, pp. 56-59.

nada, no puede lavarse las manos de la responsabilidad internacional”<sup>74</sup>.

En esa línea de argumentación, el tribunal se refirió expresamente a la responsabilidad por omisión de los superiores jerárquicos por los delitos cometidos por sus subordinados en los territorios ocupados. Manifestó que, dado que la guerra es la máxima expresión de la violencia humana, en ella es común que se cometan excesos por parte de los individuos en el conflicto, los cuales son un baremo del nivel de disciplina del ejército al que pertenecen los individuos que los cometen. En esa medida, señaló que en contra de los acusados pesaba el hecho de que la *Wehrmacht* alemana era un ejército bastante disciplinado y, por tanto, de esa misma rigidez se erigía la responsabilidad individual de los altos mandos militares del Tercer Reich<sup>75</sup>. No obstante, señaló que la subordinación militar no es el único factor determinante de la responsabilidad penal del superior. Por ejemplo, los crímenes cometidos por los militares estadounidenses no podrían ser imputados al presidente de EE. UU.

---

<sup>74</sup> “Under basic principles of command authority and responsibility, an officer who merely stands by while his subordinates execute a criminal order of his superiors which he knows is criminal, violates a moral obligation under International Law. By doing nothing he cannot wash his hands of international responsibility. His only defence lies in the fact that the order was from a superior which Control Council Law No. 10 declares constitutes only a mitigating circumstance”. The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XII, p. 75.

<sup>75</sup> “War is human violence at its utmost. Under its impact, excesses of individuals are not unknown in any army. The measure of such individual excesses is the measure of the people who compose the army and the standard of discipline of the army to which they belong. The German Army was, in general, a disciplined army. The tragedy of the German Wehrmacht and these defendants is that the crimes charged against them stem primarily from its highest military leadership and the leadership of the Third Reich itself”. The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XII, pp. 75-76.

por el simple hecho de ser “comandante y jefe”, lo cual también aplica para otros altos mandos en la cadena de mando—. Debe haber, además, una “conexión entre el hecho delictivo y aquel líder” en la cadena de mando a quien se le pretende atribuir el hecho. Ese vínculo, según el tribunal, existe en dos casos: primero, cuando el hecho es “directamente atribuible” ( “*directly traceable*”) al superior; segundo, cuando existe una negligencia de su parte frente a las acciones de sus subordinados, la cual debe ser “lasciva e inmoral” en tal grado que “equivale a la aquiescencia”<sup>76</sup>. En esa medida, el tribunal sustentó la responsabilidad subjetiva de los acusados en el conocimiento que, de acuerdo con las pruebas, “debieron haber tenido” (“*must have had knowledge*”) acerca de los crímenes cometidos por los *Einsatzgruppen*<sup>77</sup>.

## **b) Hostages Trial**

En el caso *United States of America vs. Wilhelm List, et al* (caso No. 47 o *Hostages Trial*), también ante un tribunal militar estadounidense habilitado por la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado, se acusó a altos mandos militares alemanes por su responsabilidad por los crímenes cometidos por las tropas bajo su mando durante la ocupación de Grecia, Yugoslavia, Albania y Noruega, principalmente por los homicidios de “cientos de miles”

---

<sup>76</sup> Véase en The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XII, pp. 76-77.

<sup>77</sup> Véase en: The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XII, p. 79.

de rehenes civiles que estaban a su cargo (de ahí el nombre del caso)<sup>78</sup>.

El tribunal afirmó que los altos mandos encargados de la ocupación de un territorio tenían el deber de mantener la paz y el orden, castigar los crímenes y proteger la vida y la propiedad. Este deber no sólo existía frente a la población del territorio ocupado, sino también en relación con la actuación de sus propias tropas y auxiliares. Por tanto, no podía ser alegado por la defensa que el acusado que no hubiese tenido conocimiento (“*plead ignorance as a defense*”) de los crímenes cometidos por sus tropas, en tanto, es deber de los máximos comandantes mantener la paz y el orden y prevenir la comisión de crímenes<sup>79</sup>. Manifestó el tribunal que la información sobre los crímenes cometidos por las tropas estaba depositada en los informes que regularmente les eran enviados a los acusados, en los que se detallaban las políticas de terrorismo e intimidación que eran utilizadas casi sin excepción por todas las unidades bajo su mando. Por tanto, según el tribunal, ningún comandante podía negar conocimiento de información contenida en los reportes remitidos a sus cuarteles, especialmente teniendo en cuenta que dicha información era remitida a ellos para su propio beneficio, con el objetivo de mantenerlos al tanto de todo lo

---

<sup>78</sup> Véase en: United States Military Tribunal, *Case No 47: The Hostages Trial of Wilhelm List and Others*, 1947, pp. 34-35. Disponible en: [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19\\_United\\_States\\_v\\_List\\_2.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List_2.pdf).

<sup>79</sup> Véase en: United States Military Tribunal, *Case No 47: The Hostages Trial of Wilhelm List and Others*, 1947, p. 70. Disponible en: [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19\\_United\\_States\\_v\\_List\\_2.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List_2.pdf).

sucedido en las áreas bajo su mando<sup>80</sup>. En esa medida, para algunos autores el estándar de la responsabilidad subjetiva utilizada en este caso es más flexible que el utilizado en el *High Command Trial*, en tanto mientras que en este último se exigía prueba del conocimiento en cabeza de los superiores acerca de los delitos cometidos por sus subordinados, en este simplemente bastó con con la suposición de que “debieron haber sabido” (“*should have known*”)<sup>81</sup>.

### **3.2. Tribunal Penal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Juicios de Tokio)**

Una vez finalizada la guerra y ocupado el territorio japonés por el ejército estadounidense, el General Douglas MacArthur, como Comandante en Jefe de las Fuerzas Aliadas en el Extremo Oriente, dispuso (*special proclamation*) que se conformara el Tribunal Militar para el Lejano Oriente para enjuiciar a altos cargos militares y ministros japoneses por la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

En el Estatuto de este tribunal, promulgado el 19 de enero de 1946, también por el General MacArthur, se incorporó una cláusula similar a la del Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Núremberg. En el artículo 5 se dispuso que los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que hubiesen participado en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para

---

<sup>80</sup> Véase en: United States Military Tribunal, *Case No 47: The Hostages Trial of Wilhelm List and Others*, 1947, p. 70. Disponible en: [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19\\_United\\_States\\_v\\_List\\_2.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List_2.pdf).

<sup>81</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 61.

cometer cualquiera de los delitos de competencia del tribunal (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) serían “responsables de todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan”<sup>82</sup>.

Dado que este estatuto contiene una regulación de la responsabilidad del superior idéntica a la la normativa de Núremberg, le asisten las mismas críticas ya mencionadas en relación con la ausencia de regulación sobre la responsabilidad subjetiva y sobre el nivel de control requerido para imputar al superior jerárquico o interviniente los delitos cometidos por otros individuos. Estas omisiones en la regulación también significaron que las decisiones del Tribunal Militar para el Lejano Oriente carecieran de mayores análisis sobre estas temáticas. Las condenas se sustentaron eminentemente en la responsabilidad objetiva de los acusados<sup>83</sup>.

Entre dichos casos destacan los casos del general Hideki Tojo y del ministro de Asuntos Exteriores Koki Hirota, quienes fueron acusados por no haber tomado las medidas necesarias para impedir y hacer cesar los crímenes cometidos por las tropas niponas contra los prisioneros de guerra. Aunque ambos altos funcionarios no

---

<sup>82</sup> Artículo 5. Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Disponible en: <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>

<sup>83</sup> De hecho, se condenó a algunos miembros del gobierno japonés por malos tratos a rehenes por su mera pertenencia al gabinete, pese a que no tuvieron ninguna incidencia en la comisión de dichos crímenes ni la posibilidad de evitarlos. En palabras del mismo tribunal, en este tipo de escenarios el funcionario debía renunciar a su cargo, pues de otro modo seguía participando en la comisión de futuros crímenes. Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 67.



tenían ninguna interacción directa con quienes ejecutaron estos crímenes, el tribunal consideró que, por sus posiciones de autoridad, tenían poderes legales y eran competentes para evitar esos crímenes y castigar a sus responsables. Según el tribunal, ambos altos funcionarios habían recibido abundante información sobre esos crímenes, razón por la cual no podían ignorarlos. Por lo tanto, con base en su conocimiento de los mismos y en razón de las posiciones de autoridad que ocupaban, concluyó que eran penalmente responsables por su omisión de actuar para impedir o hacer cesar los crímenes o castigar a sus autores<sup>84 85</sup>.

### **3.3. Caso Yamashita**

Igualmente resulta relevante el juicio adelantado contra Tomoyuki Yamashita ante un Tribunal Penal Militar Estadounidense ubicado en Manila. Yamashita fue un general japonés al que se le imputó responsabilidad por no controlar a sus subordinados durante la ocupación de las Islas Filipinas, quienes cometieron diversos crímenes de guerra, como inanición, violación, tortura, ejecución o masacres extrajudiciales contra civiles y prisioneros de guerra, así como la destrucción injustificada de un gran número de hogares, comercios, lugares de culto hospitales, edificios públicos e instituciones escolares<sup>86</sup>. La acusación se

---

<sup>84</sup> International Military Tribunal for the Far East - Judgment of 4 November 1948. <http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>. Destaca la posición crítica del juez holandés B.V.A RÖLING en su voto disidente.

<sup>85</sup> ANDREU-GUZMÁN, *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales...*, 2012, p. 16.

<sup>86</sup> Véase en: The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IV, p. 4.

sustentó en que Yamashita incumplió los deberes de control que le concernían (*disregard of his duty to control*), permitiendo así la comisión de atrocidades por parte de las tropas bajo su mando<sup>87</sup>.

Yamashita fue condenado a pena de muerte el 7 de diciembre de 1946. Su defensa apeló ante diferentes instancias y el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. a través de un *habeas corpus*. El alto tribunal consideró que las leyes de la guerra le imponen al comandante en jefe del ejército la obligación de tomar las medidas a su alcance para controlar las tropas bajo su mando a fin de prevenir posibles violaciones del Derecho de guerra que puedan ocurrir durante la ocupación de un territorio enemigo, y que, por lo tanto, se le pueden imputar dichas infracciones cuando sean el resultado de su omisión<sup>88</sup>. Concluyó que, al no tomar tales medidas para impedir la comisión de esos crímenes, Yamashita, como superior jerárquico, contribuyó indirectamente a la comisión de los crímenes<sup>89</sup>. Sin embargo, el alto tribunal no hizo mayores valoraciones acerca de la responsabilidad subjetiva o *mens rea* de Yamashita, pese a los alegatos de la defensa en el sentido de que no había evidencias de que él hubiese tenido conocimiento acerca de

---

<sup>87</sup> Véase en: The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IV, p. 84.

<sup>88</sup> Véase en: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1986, Volumen I, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1986, pp. 95-96.

<sup>89</sup> Véase en: ANDREU-GUZMÁN, *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales – El crimen internacional de desaparición forzada*, 2012, p. 17.

las atrocidades cometidas por sus subordinados o de que él hubiese ordenado la comisión de tales delitos<sup>90</sup>.

#### **4. El periodo tras la Segunda Guerra Mundial**

Tras la Segunda Guerra Mundial, el problema de la responsabilidad del superior jerárquico fue tratado en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (1977) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. En este instrumento establecieron obligaciones para las partes contratantes en lo que atañe a la protección de personas y bienes en este tipo de conflictos. Por tanto, está referido a la responsabilidad internacional de los Estados y no de los individuos, es decir, no consagra deberes de carácter jurídico-individual ni contiene disposiciones penales.

En el artículo 43 de este instrumento se estableció que las fuerzas armadas en conflicto deben estar sometidas a un régimen de disciplina interna que las obligue a cumplir las normas de Derecho internacional aplicables a los conflictos armados, esto es “bajo un mando responsable” de las conductas cometidas por sus subordinados, y en el artículo 86 de este estableció, respecto a “las omisiones”, que el hecho de que las infracciones al DIH hayan sido cometidas por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores jerárquicos, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las

---

<sup>90</sup> Véase en: The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IV, p. 33.

medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

En los comentarios del CICR al Protocolo Adicional I, se indicó que son tres los elementos requeridos para configurar este tipo de responsabilidad: la condición del superior jerárquico, el conocimiento o información de la cual pueda derivarse el conocimiento y la obligación de tomar medidas para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes. En cuanto al primero de dichos elementos, menciona el CICR que el superior involucrado debe ser superior del subordinado que cometió el crimen y que en este concepto no estarían todas las personas que se encuentren en la línea de mando del superior, sino solo a aquellos que tengan una responsabilidad personal en relación con los hechos cometidos por el autor material debido precisamente a su subordinación.<sup>91</sup> Esta aclaración es de suma importancia, pues en virtud de ella no se podría aplicar la responsabilidad de mando a individuos que, si bien formaban parte de determinado régimen o estructura, no tuvieron ninguna incidencia en la comisión de crímenes por parte de las tropas, precisamente porque, o bien no se encontraban en la línea de mando o, aunque estándolo, no tenían una vinculación con los subordinados en tales términos que hubiesen podido evitar la comisión de tales crímenes. En relación con el segundo de dichos elementos –el conocimiento en cabeza del superior jerárquico–, menciona el CICR que este requisito no solo se cumple cuando el superior supo de la comisión de los crímenes por parte de sus

---

<sup>91</sup> Véase en: International Committee of the Red Cross, *Commentary on the additional Protocols*, 1987, p. 1013.

subordinados, caso en el que no hay ningún inconveniente, sino también en aquellos casos en los que el superior tuvo información que le “permitía saber”, por lo que el superior no puede eximirse de su responsabilidad alegando ignorancia de los informes que le han sido remitidos.<sup>92</sup> Es decir, tal y como lo señala GARROCHO SALCEDO, este estándar de responsabilidad subjetiva es asimilable a la ceguera intencional o al dolo eventual del sistema penal alemán o español<sup>93</sup>. Respecto al tercer elemento –la obligación de tomar medidas para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes–, señala el CICR que la obligación de los superiores se restringe a medidas “razonables” dirigidas a prevenir o reprimir los crímenes de sus subordinados, y sólo aquellas que se encuentren “en su poder”, es decir, en la medida de sus posibilidades<sup>94</sup>. Esta obligación de los Estados se encuentra regulada en artículo 87 del Protocolo Adicional I, que aborda el tema relativo a los deberes de los superiores jerárquicos o “jefes”. Allí se establece que es obligación de los Estados o partes contratantes exigir a los jefes militares y autoridades similares que impidan la comisión de infracciones al DIH por parte de sus subordinados, así como que las repriman y las denuncien cuando tengan conocimiento de ellas.

Cada uno de estos elementos es de una gran importancia y tiene implicaciones también relevantes, al punto que, como se verá más adelante, se han mantenido como requisitos para que se configure la

---

<sup>92</sup> International Committee of the Red Cross, *Commentary on the additional Protocols*, 1987, pp. 1013-1014.

<sup>93</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 80.

<sup>94</sup> International Committee of the Red Cross, *Commentary on the additional Protocols*, 1987, p. 1015.

responsabilidad del superior jerárquico en el Derecho penal internacional, incluso en la regulación contenida en el Estatuto de Roma. Así, por ejemplo, en cuanto al primer elemento, resultar importante establecer hasta qué punto el superior jerárquico tenía competencias materiales de supervisión y control respecto de las actuaciones de los subordinados o si, por ejemplo, hubo una delegación de competencias y resulta imposible hilar su responsabilidad por los delitos finalmente cometidos. En cuanto al segundo elemento, ya no solo será necesario establecer esa competencia, sino también la conexión subjetiva del individuo con los delitos finalmente cometidos bien sea a través de un conocimiento directo o a través de la información que debía saber. Y, en relación con el tercer elemento, es necesario establecer hasta qué punto ese superior tenía la real posibilidad de evitar la comisión de tales delitos, cuya medida es lo “razonable”, baremo que fue replicado en el Estatuto de Roma y ha sido tenido en cuenta por la CPI, en especial en la decisión de segunda instancia en el caso Bemba, tal y como se verá más adelante.

## **5. Proyectos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional**

En los años noventa hubo varios intentos de la Comisión de Derecho Internacional para consagrar una normativa que regulara el principio de la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos, los cuales, si bien es cierto no fueron aprobados por la comunidad internacional, sirvieron de insumo como Derecho internacional consuetudinario para la jurisprudencia de tribunales penales

internacionales *ad hoc* como el TPIY e incluso para la elaboración del ECPI<sup>95</sup>. En este sentido destaca el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1986, que en el artículo 9 disponía que el hecho de que una infracción hubiese sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal a sus superiores si estos “sabían” o poseían información que les permitiera concluir que dicho subordinado estaba cometiendo o iba a cometer dicha infracción y si no adoptaron todas las medidas a su alcance para impedirla o reprimirla. Esta cláusula se recogió en términos prácticamente idénticos en los proyectos de código presentados por la Comisión de Derecho Internacional en 1991 y en 1996<sup>96</sup>.

En el comentario a este artículo, la Comisión de Derecho Internacional señaló que los miembros de las fuerzas armadas deben estar a las órdenes de un superior, quien es responsable de la conducta ilegal de sus subordinados si contribuye directa –mediante órdenes– o indirectamente –al no impedir o reprimir– a que cometan un crimen<sup>97</sup>. También indicó que para aplicar el principio de responsabilidad del superior jerárquico debe existir una relación de subordinación entre el infractor y el superior, y que “este principio se aplica no solamente al jefe inmediato de un subordinado, sino también a sus demás superiores en la cadena de

---

<sup>95</sup> ANDREU-GUZMÁN, *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales...*, 2012, pp. 26-27.

<sup>96</sup> Véase en: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1986, Volumen I, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1986, p. 95.

<sup>97</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1996), documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N.10 (A/51/10), pp. 27-28.

mando militar o en la jerarquía gubernamental”, explicando que tal referencia abarca a los “jefes militares u otras autoridades civiles que se hallan en una posición similar de mando y ejercen un grado de autoridad similar con respecto a sus subordinados”<sup>98</sup>. Así mismo, indicó que de esta norma se derivan dos criterios para determinar si un superior debe considerarse penalmente responsable de la conducta ilícita de un subordinado. En primer lugar, el superior “debe haber sabido o haber tenido motivos para saber” que un subordinado suyo estaba cometiendo o iba a cometer un crimen. El segundo criterio consiste en que el superior no haya tomado todas las medidas necesarias a su alcance para impedir o reprimir la conducta criminal de su subordinado<sup>99</sup>.

Estas disposiciones, específicamente las de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, han sido utilizadas como prueba del Derecho internacional consuetudinario –pese a que por sí solas vinculan a los Estados Parte–. Es más, el CICR llegó a la conclusión de que el principio de la responsabilidad del superior jerárquico es una norma internacional consuetudinaria (norma 153<sup>100</sup>), aplicable tanto a conflictos armados internacionales como a conflictos armados internos<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1996), documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N.10 (A/51/10), p. 28.

<sup>99</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1996), documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N.10 (A/51/10), p. 28.

<sup>100</sup> “**Norma 153.** Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que estos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance



## **6. Evolución del principio de responsabilidad del superior jerárquico por parte de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda**

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia fue creado en la Resolución 827 de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas para enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones al Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, particularmente en Bosnia y Herzegovina, desde el 1 de enero de 1991. El Consejo de Seguridad consideró que desde dicha fecha se venían cometiendo graves violaciones a los derechos humanos –como masacres, detenciones masivas, violencia sexual contra mujeres y “limpieza étnica”–, que ameritaba la creación de un tribunal *ad hoc* para que las investigara y juzgara. Por otro lado, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado en la Resolución 955 de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Partiendo de un informe de ese mismo año elaborado por una comisión de expertos, en el que se informaba de los genocidios y otras violaciones a los derechos humanos cometidos en Ruanda, el Consejo de Seguridad aprobó la creación de un tribunal *ad hoc* para que investigara y juzgara estos

---

para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables”.

<sup>101</sup> CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, 2007, pp. 632 y ss.

posibles crímenes cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

Así, los artículos 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y 6.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda consagraron un modelo de responsabilidad del superior jerárquico similar. Dichas regulaciones disponían que el hecho de que los crímenes internacionales hubiesen sido cometidos por subordinados no eximía de responsabilidad penal a sus superiores en caso de que esos hubieran sabido o tenido razones para saber que sus subordinados iban a cometer tales actos o si, tras la comisión de los crímenes, los superiores no adoptaron las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los cometieron.

La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda han desarrollado a fondo en sus jurisprudencias el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico<sup>102</sup>. Así, en el caso conocido como *Čelebići camp*, cuatro

---

<sup>102</sup> Véase en: TPIY, sentencia de 16 de noviembre 1998 y sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others “Celibici Camp”*; sentencia de 3 de marzo de 2000, Caso No. IT-95-14-T, *The Prosecutor v. Blaskic “Lasva Valley”*; sentencia de 26 de febrero de 2001, Case No. IT-95-14/2, *The Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez “Lasva Valley”*, pars. 366 - 371 y 401 y siguientes; sentencia de 23 de octubre de 2001, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic and Vladimir Santic*, Caso No. IT-95-16-A; sentencias de 30 de marzo de 2004 y de 20 de julio 2005, Caso No. IT-02-61-S, *The Prosecutor v. Miroslav Deronjic*; sentencia de 21 de junio de 2001, Caso No. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, *The Prosecutor v. Kunarac and Kovac*; sentencia de 1 de septiembre 2004, Caso No. IT-99-36-T, *The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*; sentencia de 21 de junio de 1999, Caso No. IT-95-14/1, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*; y sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*. TPIR, ver entre otros: sentencia de septiembre

procesados –Zdravko Mucić (comandante), Hazim Delić (comandante), Esad Landžo (guardia) y Zejnil Delalić (coordinador y comandante)– fueron acusados por su participación en los crímenes cometidos contra los prisioneros serbios en el campo de concentración de Čelebići –torturas, homicidios, asaltos sexuales–, utilizado por las fuerzas Bosnias y bosnio-croatas . Mucić y Delalić fueron imputados por su condición de superiores jerárquicos, de conformidad al art. 7.3 del ETPIY, por los crímenes cometidos por sus subordinados, incluyendo dentro de ellos a Landžo y a Delić, este último también imputado por su condición de superior y por su responsabilidad como comandante<sup>103</sup>.

En esta sentencia, el TPIY reiteró los tres elementos mencionados por el CICR en los comentarios al artículo 86 del Protocolo Adicional I, que configurarían la responsabilidad del superior por omisión<sup>104</sup>. En relación con el primero de ellos –la existencia de una relación entre el superior y el subordinado–, manifestó que la relación entre el superior y el subordinado, como elemento esencial de la doctrina de la responsabilidad del superior, no se debe entender como relación formal (*de iure*) sino material (*de facto*).

---

1998, Caso No. ICTR-96-4-T, The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu; sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, The Prosecutor v. Ignace Bagilishema; sentencia de 4 de septiembre de 1998, Caso No. ICTR-97-23-S, The Prosecutor v. Jean Kambanda; y sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95- 1-A, The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana. Véase en: ANDREU-GUZMÁN, *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales...*, 2012, p. 34.

<sup>103</sup> TPIY. Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, The Prosecutor v. Z Delalic and others “Celibici Camp”, párr. 4 y ss.

<sup>104</sup> Véase en: TPIY. Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, The Prosecutor v. Z Delalic and others “Celibici Camp”, párr. 346 y ss.

Según el alto tribunal el factor que determina dicha forma de responsabilidad, con base en el Derecho consuetudinario<sup>105</sup>, es la real posesión de poderes de control sobre las acciones de los subordinados. Por tanto, una designación formal como comandante no debe ser considerada como un requisito para la aplicación de esta teoría, sino el hecho de que efectivamente dicha persona ejerza dicha posición. De esta forma, interpretó que el artículo 7.3 del ETPIY no se refiere únicamente a líderes militares, sino que también abarca a los “líderes políticos y otro tipo de superiores civiles en posiciones de autoridad”<sup>106</sup>.

En cuanto al segundo elemento o elemento subjetivo –que el superior supiese o tuviese razones para conocer que se iba a cometer o que se había cometido un delito–, señala el TPIY que la doctrina de la responsabilidad de mando no consagra una responsabilidad objetiva de los comandantes por fallar en prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados, sino que es necesario demostrar que el superior “sabía o tenía razones para saber” de la comisión de tales crímenes. Así, para el TPIY el

---

<sup>105</sup> En este sentido se refiere específicamente a los casos del Ministro de Relaciones Exteriores, Koki Hirota, al primer ministro, Hideki Tojo, y al Ministro de Relaciones Exteriores, Mamoru Shigemitsu, hallados responsables por sus conductas omisivas por el Tribunal Penal Militar Internacional para el Extremo Oriente. Igualmente menciona el caso *United States v. Friedrich Flick and others*, en el que se encontró a 6 altos industriales alemanes responsables por la esclavitud y trabajos forzados en campos de concentración de ciudadanos de personas que fueron usadas para trabajar en sus empresas al servicio de la causa de la guerra. También se señala los casos *Roehling*, *Hostage* y *High Command Trial*, analizados previamente. TPIY. Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others “Celibici Camp”*, párrs. 356-363.

<sup>106</sup> TPIY. Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others “Celibici Camp”*, párr. 356.

superior puede poseer el *mens rea* cuando: (i) tenía conocimiento, establecido a través de evidencia directa o circunstancial, de la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados<sup>107</sup>; o (ii) tenía información que por lo menos lo ponía al tanto del riesgo de tales crímenes al indicar la necesidad de una investigación adicional para establecer si se cometieron o si se iban a cometer por sus subordinados<sup>108</sup>.

Respecto del último elemento –la obligación de los superiores de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión de delitos por parte de sus subordinados o, si ya se hubiesen cometido, sancionar a los responsables–, señala el TPIY que se trata de un elemento abstracto que debe ser analizado de acuerdo con los hechos de cada caso, por lo que cualquier intento por fijar un estándar general sería inútil. No obstante, destaca el alto tribunal que un superior no puede ser obligado a realizar actos imposibles, por lo que un superior solo puede ser considerado penalmente

---

<sup>107</sup> Para el TPIY hay una serie de indicios de los cuales se puede inferir el conocimiento del superior, tales como: a) el número de actos ilegales cometidos; b) el tipo de actos ilegales; c) el alcance de dichos actos ilegales; d) el tiempo en el que se cometieron; e) el número y tipo de tropas involucradas; f) la logística utilizada; h) la localización geográfica de los crímenes; i) la generalización o repetición de los actos; j) el tiempo táctico de las operaciones; k) el modus operandi en hechos similares; l) el tipo de personas involucradas en la comisión de los crímenes; m) la localización del mando en esos momentos. Véase en: TPIY. Sentencia de 16 de noviembre 1998. Caso No. IT-96-21-T, The Prosecutor v. Z Delalic and others “Celibici Camp”, párr. 386.

<sup>108</sup> Este segundo supuesto está sustentado en el principio de que al superior no le está permitido mantenerse en una ceguera intencionada respecto de los actos de sus subordinados. De esta forma, el TPIY considera que el superior que ignora la información acerca de la comisión de crímenes por parte de sus subordinados es, sin duda, responsable. Con todo, no está clara cómo valora el TPIY aquellos casos en los que la falta de conocimiento del superior es consecuencia de una falla del propio superior en supervisar adecuadamente a sus subordinados.

responsable por no tomar las medidas que están dentro de su competencia<sup>109</sup>.

## **7. Teoría de la Empresa Criminal Conjunta –*Joint Criminal Enterprise*– del TPIY**

Además de la responsabilidad por omisión ya expuesta, el TPIY desarrolló otra forma de responsabilidad de los integrantes de estructuras delictivas por los delitos cometidos por estas organizaciones, incluso sin haber participado directamente en su ejecución. Según el alto tribunal, tales crímenes solo se pueden explicar en razón a la participación conjunta de las personas que integran tales estructuras, quienes desempeñan distintos roles, como la ideación, planificación, organización, instigación, coordinación, ejecución o cualquier otra forma de contribución a la conducta penal<sup>110</sup>. Así, la doctrina de la *Joint Criminal Enterprise* le servía al TPIY para “superar las dificultades probatorias de las –raramente visibles– contribuciones al hecho delictivo de los intervinientes en el crimen”<sup>111</sup>. Esta tesis ha tenido especial importancia para el problema de la responsabilidad del superior jerárquico, pues ha sido utilizada para imputar responsabilidad a altos mandos pese a la carencia de pruebas que pongan en evidencia un conocimiento de los delitos cometidos por sus subordinados.

---

<sup>109</sup> TPIY. Sentencia de 16 de noviembre 1998. Caso No. IT-96-21-T, The Prosecutor v. Z Delalic and others “Celibici Camp”, párr. 394-395.

<sup>110</sup> Véase en: CASSESE, *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común*, 2016, p. 11.

<sup>111</sup> AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, p. 40.

La primera oportunidad en la que el TPIY se pronunció al respecto fue en el caso *Tadic*, en el que consideró que, si bien el procesado – Dusko Tadic– no participó directamente en el homicidio de al menos 5 hombres en la villa de Jaskici –en el marco de una “limpieza étnica”– utilizó el término de *common purpose doctrine* para indicar que sí podía ser hallado responsable por dichos homicidios, incluso cuando estos fueron cometidos por otros miembros de su grupo e incluso si dichos asesinatos no estaban comprendidos dentro de su “plan común”. De acuerdo con el Tribunal, dicha responsabilidad existe tan pronto surge el riesgo de la muerte y este se hace predecible de acuerdo con la ejecución del plan común, más aún si el acusado fue indiferente frente a tal riesgo<sup>112</sup>.

El TPIY señaló que los elementos objetivos de esta forma de participación en el crimen son los siguientes<sup>113</sup>: (i) pluralidad de personas, quienes no necesariamente se encuentran organizadas en una estructura militar, política o administrativa; (ii) existencia de un plan o propósito común, el cual está dirigido o envuelve la idea de cometer un crimen contenido en ETPIY, no hay necesidad de que este plan o propósito haya sido acordado o formulado previamente, pues puede materializarse extemporáneamente o inferirse del hecho de los actos de una pluralidad de personas dirigidos a poner en marcha una empresa criminal conjunta; (iii) participación del acusado a través de cualquier forma de asistencia, contribución o

---

<sup>112</sup> TPYI. Caso *Tadic*. Fallo de la sala de apelaciones, sentencia de 15 de julio de 1999.

<sup>113</sup> TPYI. Caso *Tadic*. Fallo de la sala de apelaciones, sentencia de 15 de julio de 1999. Párr. 227.

ejecución en el plan o propósito común. Es más, el TPIY entiende que los ejecutores materiales no tienen que pertenecer necesariamente a la JCE, esto es, que es posible que los superiores (por ejemplo, la cúpula de un régimen totalitario) formen entre ellos una JCE y utilicen para la ejecución de sus propósitos a autores materiales externos. En este tipo de escenarios hay que demostrar la existencia de un vínculo entre los autores materiales y sus actos con al menos un miembro de la JCE, y que éste actuó sobre la base del acuerdo común de todos los miembros de la JCE<sup>114</sup>.

La sala de apelaciones del TPIY distinguió tres formas o categorías de criminalidad colectiva a través de una Empresa Criminal Conjunta: (i) la forma básica o JCE I, en la que los intervinientes en el crimen actúan sobre la base de un “designio común” o una “iniciativa común” y con una misma intención. Aquí cada uno de los intervinientes responde como autor del crimen cometido<sup>115</sup>. (ii) La forma sistemática o JCE II, referida a los casos de los campos de concentración, en los que los crímenes son cometidos por miembros de cuerpos militares o administrativos con base en un plan o propósito común. Aquí, la empresa criminal conjunta consiste en el mantenimiento de un sistema de maltrato. Como resultado, cada uno de los intervinientes debe responder por los delitos que se cometan según lo acordado, en la medida en que cada uno de ellos contribuye de alguna forma a su comisión, incluso cuando su rol es

---

<sup>114</sup> AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, pp. 42-43.

<sup>115</sup> AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, pp. 41-42; WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 295.



marginal<sup>116</sup>. (iii) Y la llamada forma extensiva (“extended JCE”) o JCE III, en la que alguno de los autores materiales toma parte en actos que, en realidad, van más allá o que exceden del plan común, pero que siguen constituyendo una “consecuencia natural y previsible” (“*normal and foreseeable consequence*”) del plan común, siendo necesario también que el interviniente haya estado en una posición en la que podía prever la comisión de dicho exceso<sup>117</sup> y haya aceptado el riesgo de que se pudieran cometer esos crímenes (“*willingly took risk*”).<sup>118</sup>

En cuanto al elemento subjetivo (*mens rea*), este varía en cada una de las formas de JCE: En la JCE I se requiere la intención de todos los coautores (el mismo tipo de dolo)<sup>119</sup>. En la JCE II se requiere el conocimiento personal de todo el sistema o entramado criminal. Así: “es preciso que el autor conozca la naturaleza del sistema y que actúe con la intención de mantener el sistema de maltrato. Esta intención se podrá generalmente desprender de la posición de autoridad del acusado”<sup>120</sup>. (iii) En la JCE III se requiere la intención del autor de participar en el propósito criminal y, además, la de contribuir a la comisión del crimen por el grupo. En este supuesto, puede haber responsabilidad por un crimen que no forme parte del

---

<sup>116</sup> Véase en: AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, pp. 41-42; CASSESE, *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común*, 2016, pp. 12 y ss.; WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 295.

<sup>117</sup> Véase en: CASSESE, *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común*, 2016, p. 15.

<sup>118</sup> AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, pp. 41-42. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 296.

<sup>119</sup> OLÁSOLO, *The Criminal Responsibility...*, 2009, p. 167.

<sup>120</sup> WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 295.

propósito común si la comisión de este crimen era previsible y el acusado asumió intencionalmente ese riesgo.<sup>121</sup>

La teoría de la JCE ha sido objeto de fuertes críticas por la mayor parte de la doctrina<sup>122</sup>, no solo porque es dudoso que dicha forma de imputación esté admitida por el Derecho internacional consuetudinario<sup>123</sup>, sino principalmente porque vulnera el principio de culpabilidad, pues no atiende a la conducta realizada por el sujeto (su contribución individual), sino a su rol o función asignada dentro de la organización y el juicio de reproche únicamente se sustenta en la previsibilidad del resultado lesivo, criterio que resulta altamente difuso e inseguro, convirtiendo a esta forma de responsabilidad en una suerte de responsabilidad objetiva o vicarial (*vicarious liability*)<sup>124</sup>. Así sucede precisamente en el tipo de casos que aquí se analizan, esto es, en los que el autor material comete conductas delictivas que exceden a lo pactado el acuerdo original y que, según la JCE III, podrían ser imputadas a los otros intervinientes –no necesariamente los superiores jerárquicos<sup>125</sup>– que no participaron en su ejecución material, en virtud de su “previsibilidad”, pues, tal y como lo menciona WERLE, según la jurisprudencia del TPIY, cada uno de los intervinientes “también responde por los excesos, siempre que éstos puedan ser

---

<sup>121</sup> AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, p. 50 y ss.

<sup>122</sup> Véase en: CASSESE, *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual...*, 2016, p. 17 y ss.

<sup>123</sup> WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 297.

<sup>124</sup> Véase en: AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, pp. 63-64.

<sup>125</sup> Véase en: AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, pp. 62 y ss.

considerados consecuencia normal y previsible (*normal and foreseeable consequence*) de la ejecución del plan común y que el interviniente hubiera aceptado el riesgo de que se pudieran cometer esos crímenes (*willingly took the risk*). No es necesario que cada uno de los intervinientes comparta la intención específica (*specific intent*)”<sup>126</sup>.

Además, se reprocha de esta tesis la calificación de la intervención como coautor de un sujeto que no reúne todos los elementos objetivos –como el acuerdo previo– y subjetivos del tipo –como la intencionalidad–<sup>127</sup>. Tampoco está clara la diferencia entre esta forma de imputación y la responsabilidad de mando por omisión, pues en ambas formas de responsabilidad se hace al sujeto penalmente responsable por su posición dentro de la estructura y

---

<sup>126</sup> WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 296. Cita las siguientes decisiones del TPIY: Caso *Tadic*, sentencia de 15 de julio de 1999, párr. 228; caso *Krnojelac*, sentencia de 17 de septiembre de 2003, párr. 32; caso *Vasiljevic*, sentencia de 25 de febrero de 2004, párr. 101; caso *Kvocka et al.*, sentencia de 28 de febrero de 2005, párr. 83; caso *Kordic y Cerkez*, sentencia de 26 de febrero de 2001, párr. 398; caso *Krstic*, sentencia de 2 de agosto de 2001, párr. 613; caso *Brdanim*, sentencia de 1 de septiembre de 2004, párr. 265; caso *Blagojevic y Jokic*, sentencia de 17 de enero de 2005, párr. 703; caso *Limaj et al.*, sentencia de 30 de noviembre de 2005, párr. 511; caso *Ntakirutimana*, sentencia de 13 de noviembre de 2004, párr. 467. En este sentido también se ha pronunciado AMBOS, para quien: “la responsabilidad por JCE III presupone, en primer lugar, la previsibilidad objetiva de los crímenes que acontecieron más allá del objeto o finalidad de la empresa criminal (teniendo en cuenta que, normalmente, estos crímenes ocurren en el desarrollo normal de los acontecimientos en el seno de la empresa criminal) y, en segundo lugar, el conocimiento de la misma por parte del sujeto actuante en función de las circunstancias. En otras palabras: el sujeto debe conocer que los crímenes en cuestión pueden acontecer en el curso normal de la empresa criminal respectiva”. AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, p. 66.

<sup>127</sup> Véase en: AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, pp. 62 y ss., 73; DANNER/MARTINEZ, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise...*, 2005, pp. 150-151.; OLÁSOLO, *The Criminal Responsibility...*, 2009, p. 185.

por el carácter previsible de los delitos cometidos por otros integrantes de la misma, incluso sin su expreso consentimiento, siempre y cuando se desprenda del “diseño criminal común”, como por ejemplo, cuando se haya acordado la expulsión forzosa de civiles de un territorio ocupado y los ejecutores de dicha misión matan o hieren a civiles en el proceso de expulsión<sup>128</sup>, o incluso el mismo caso expuesto al inicio de este trabajo, en el que una organización paramilitar ocupa un pueblo con el objetivo de detener a todas las mujeres y esclavizarlas, y uno de los integrantes de dicha estructura comete una violación sexual<sup>129</sup>. No obstante, el mismo TPIY ha morigerado la utilización de esta figura, indicando en el caso *Kvočka et al.* que, si el sujeto que interviene en la JCE lo hace con “intención”, debe responder como coautor, pero si sólo lo hace con “conocimiento”, su responsabilidad es a título de partícipe<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Véase en: CASSESE, *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común*, 2016, p. 15.

<sup>129</sup> Véase en: CASSESE, *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común*, 2016, p. 16.

<sup>130</sup> TPIY. Sala Previa al Juicio. Caso *Kvočka et al.*, decisión de 2 de noviembre de 2001. Párr. 273; no obstante, en el caso *Vasiljevic* consideró que todos los intervinientes de la JCE deben responder a título de coautores. Véase: TPIY. Caso *Vasiljevic*, sala de apelaciones, sentencia de 24 de febrero de 2004, párr. 102; sin embargo, tal y como lo pone de presente AMBOS: “esta postura contradice en buena medida la sentencia de la Sala de Apelación en *Tadic* que (...) establecía la diferenciación entre coautoría y participación sobre la base de la contribución al hecho, que, en muchos casos, era mayor en los partícipes que en los propios autores (...). Esta tendencia, que entronca con el *concepto unitario de autor*, no diferencia convenientemente las distintas contribuciones de los intervinientes en el hecho tal y como la propia Sala de Apelaciones reconoce”. AMBOS, *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, pp. 60, 62.

Es más, también se pueden encontrar votos disidentes en las decisiones en las que el TPIY ha recurrido al uso de la JCE<sup>131</sup>.

No obstante, se pueden encontrar autores que defienden esta tesis. Por ejemplo, CASSESE, quien señala, en primer lugar, que la fundamentación de esta forma de responsabilidad yace en consideraciones de política pública, es decir, en la necesidad de proteger a la sociedad de las personas que se unen para participar en empresas criminales y, aun sin compartir la intención de los autores materiales de delitos graves ajenos a la empresa común, son conscientes de que pueden cometerse y no se oponen o evitan su comisión. En segundo lugar, menciona que el “delito extra” es una consecuencia de la conducta previamente acordada por la que cada participante en el plan común es ya responsable, el cual es posible gracias a la planeación colectiva para cometer el delito o delitos acordados (distintos al que se cometió “incidentalmente” o “adicionalmente”). Es decir, existe un nexo causal entre el delito concertado y el delito adicional. En cuanto a la crítica sobre la vulneración del principio de culpabilidad, indica que, pese a que el interviniente en una JCE no comparta la intención del autor material de un crimen no planeado, este le es atribuible porque, pese a haberlo “pronosticado” –en virtud de su adhesión a la JCE–, asumió voluntariamente el riesgo de que ocurriera, pues: “pudo haber evitado el delito o haberse desvinculado de su probable comisión, pero al no actuar, él es también culpable”. Para este autor, el

---

<sup>131</sup> Véase en: TPIY, caso *Simic et al.*, sentencia de 17 de octubre de 2003, voto disidente del magistrado Per-Johan Lindholm; TPIY, caso *Milutinovic et al.*, decisión de 23 de mayo de 2003, voto disidente del magistrado David Hunt.

Derecho penal internacional debería aceptar un grado de culpabilidad para el interviniente menor al del autor principal, fundamentado principalmente en su diferente *mens rea*<sup>132</sup>.

En mi opinión, frente a esta argumentación, se puede debatir que los fines del Derecho penal incluyen no solo “proteger a la sociedad” de los criminales –entendida como una finalidad preventivo general negativa–, sino la reducción de la propia violencia estatal, en el marco del principio de intervención mínima y del respeto a los principios y garantías clásicos del Derecho penal, dentro de los cuales se encuentra el principio de culpabilidad, por lo que resulta inadmisibles que el fundamento de la responsabilidad penal de un individuo no esté sustentado en lo que hizo sino en el criterio del juez que le sea asignado para conocer su caso. Por el contrario, la función de la dogmática jurídico-penal es precisamente arrojar criterios para que haya confianza y raciocinio en las decisiones judiciales. Uno de esos criterios es precisamente principio de auto-responsabilidad, entendido tanto como la responsabilidad por el hecho propio (por la organización libre del ámbito de competencia de cada persona), como la no responsabilidad por el hecho ajeno (la no responsabilidad por hechos que forman parte de un ámbito de competencia ajeno), principio que se desarrollará más adelante. Por tanto, para imputar a los miembros de organizaciones delictivas sigue siendo necesario demostrar que su intervención influyó, no solo causalmente para producir tales ilícitos, sino también desde el plano valorativo, independientemente del modelo de Derecho penal

---

<sup>132</sup> Véase en: CASSESE, *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual...*, 2016, pp. 20 y ss.

que se adopte (finalista, funcionalista moderado, funcionalista radical, etc.). Ese es precisamente el problema jurídico que se aborda en este trabajo, y que se desarrollará más adelante.

## **8. Las formas de intervención delictiva reguladas en el Estatuto de Roma**

El ECPI establece en los artículos 25.3 y 28 las distintas formas de intervención en los crímenes de competencia de la CPI. En el artículo 25.3 se recogen las formas de intervención activas o comisivas, mientras que el artículo 28 regula la responsabilidad del jefe o superior jerárquico por omisión respecto de los crímenes cometidos por sus subordinados. Las formas de intervención comisivas previstas en el artículo 25.3 son la autoría –art. 25.3.a)–, la inducción –art. 25.3.b)–, la complicidad –art. 25.3.c)– y la contribución de algún otro modo a la comisión de un crimen por un grupo –art. 25.3.d)–<sup>133</sup>. Esto constituye, como indica WERLE, un sistema de intervención delictiva en cuatro niveles: (i) en el nivel superior se encuentra la autoría material como la forma más grave de intervención, (ii) en el segundo nivel, las distintas formas de inducción, (iii) en el tercer nivel, la cooperación y (iv), en el cuarto nivel, la contribución a un crimen cometido por un grupo<sup>134</sup>.

Hay de resaltar que en el primer nivel se distingue entre la comisión *individual, conjunta y a través de otro*. En cuanto a la primera de

---

<sup>133</sup> Los párrafos 3 e) y 3 f) del artículo 25 no regulan formas de intervención delictiva, sino actos preparatorios punibles de forma autónoma, como la instigación al genocidio y la tentativa. Véase en: WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 288.

<sup>134</sup> Véase en: WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 289.

ellas, se trata de la autoría material, la cual es muy difícil de encontrar en casos de Derecho penal internacional, pues la idea es juzgar a los “máximos responsables” que, por lo general, no son quienes ejecutan el crimen, sino quienes ordenan o planifican su comisión, por lo que adquieren mayor relevancia las otras dos modalidades. En relación con la comisión *conjunta*, la CPI se aparta de la teoría de la JCE expuesta por el TPIY, manifestando que, para que pueda catalogarse la intervención en este ámbito, el aporte debe ser *esencial*, en tanto: “en un sistema de intervención delictiva en el que existen diferentes grados de responsabilidad no resulta convincente que cualquier tipo de aportación dentro del plan común sirva para fundamentar la coautoría”<sup>135</sup>. En esa medida, para la CPI “La responsabilidad a título de autoría, debido a que se trata de la de mayor nivel, debería alcanzar tan sólo a quienes han prestado una aportación importante a la comisión del crimen”<sup>136</sup>. En cuanto la comisión *a través de otro*, se trata de la primera vez que se incluye a la autoría mediata en el Derecho internacional, lo cual resulta de gran importancia y utilidad, en la medida en que los casos de autoría mediata por dominio de la organización son bastante comunes en los casos que pertenecen al ámbito de competencia de los tribunales internacionales, que “eran hasta el momento considerados casos de planificación, inducción, emisión de órdenes o, según la jurisprudencia del TPIY, de intervención en una empresa criminal conjunta”<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Véase en: WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 298.

<sup>136</sup> Véase en: WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 298.

<sup>137</sup> WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 301.



Respecto del segundo nivel de intervención delictiva, la “inducción”, se encuentra contenida en el apartado b) del artículo 25.3, para quien “[o]rdene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa”. Esta norma está sujeta claramente al principio de accesoriedad, esto es, que la conducta del partícipe únicamente es punible cuando la del autor alcanza el grado de tentativa<sup>138</sup>. Tal como lo explica AMBOS, hasta la consagración de esta forma de participación en el ECPI, era poco usual su utilización, debido principalmente a la herencia del Derecho angloamericano, que no distingue entre complicidad e inducción, sino que las engloba en una sola categoría de “*secondary participation*”, “*accessoryship*” o “*complicity*”<sup>139</sup>. Este mismo autor entiende que el término “*orders*” (ordene), puede ser traducido al alemán “*Anordnung einer Straftat*” (ordenar la comisión de un delito) y clasificado por su estructura como autoría mediata, por lo que, según su parecer, se explica la consagración de esta figura en el sentido de que, si el superior pierde el dominio del hecho respecto de la comisión del crimen, su conducta sigue siendo punible, ahora ya no como autor mediato sino como inductor<sup>140</sup>..

---

<sup>138</sup> Salvo la incitación al genocidio con base en el art. III (c) de la Convención contra el Genocidio y en los arts. 4(3)(c) del ETPIY y 2 (3)(c) del ETPIR.

<sup>139</sup> AMBOS, *La parte General del Derecho Penal Internacional...*, 2005, pp. 273 y ss. Este autor también pone de presente que recientemente la *Law Commission* británica ha abogado por un modelo de participación dualista —sin embargo, no accesorio— en el que se distinga entre “*assisting*” en el sentido de complicidad y “*encouraging*” en el sentido de inducción.

<sup>140</sup> Véase en: AMBOS, *La parte General del Derecho Penal Internacional...*, 2005, p. 274. Tal interpretación podría chocar con el tradicional requisito del *doble dolo del partícipe*, entendido como la exigencia de conocimiento y voluntad de su intervención en el hecho delictivo realizado por el autor. No obstante, compartimos la posición de WERLE, quien atenúa tal exigencia,

En cuanto al tercer nivel de intervención, el artículo 25.3(c) prevé que será responsable quien, con el propósito de facilitar la comisión del crimen de Derecho internacional, “sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa (...) incluso suministrando los medios para su comisión”. En esa medida, es claro nuevamente que el ECPI acoge el principio de la accesoriedad, en tanto la complicidad no es punible si el crimen no alcanza como mínimo la fase de tentativa. La contribución puede ser tanto material como psíquica, esta última entendida como un apoyo moral, aceptándose incluso por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* la mera presencia en el lugar de los hechos<sup>141</sup>. La colaboración puede darse antes, durante o tras la ejecución del delito. Resulta discutible si cabe la posibilidad de que tenga lugar tras la consumación delictiva<sup>142</sup>. En el ámbito subjetivo, el ECPI

---

indicando -con base en jurisprudencia del TPIY- que consiste en que “el inductor quiera provocar la comisión del crimen de derecho internacional («provoke or induce») o que actúe siendo consciente de la alta probabilidad («substantial likelihood») de que la comisión del crimen va a ser el resultado de su conducta” WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 304.. Según Olásoslo, este tipo de intervención delictiva es aplicable en especial a aquellos tipos de organizaciones que no alcanzan tal magnitud ni estructura (en las que las órdenes se cumplen de forma mecánica, independientemente de la identidad de quien las ejecute) para considerarse como un aparato organizado de poder. Véase en: OLÁSOSLO, *The Criminal Responsibility...*, 2009, p. 269.

<sup>141</sup> Señala WERLE que el caso principal en este sentido es del TPIY, sentencia de 10 de diciembre de 1998 (Furundžija, TC), Párr. 231 y ss; Confirmado en TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC), párr. 48; TPIY, sentencia de 3 de abril de 2007 (Brđanin, AC), párr. 277; también, TPIR, sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Nahimana et al., AC), párr. 482; TPIR, sentencia de 29 de agosto de 2008 (Muvunyi, AC), párr. 80. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 306; TESL, sentencia de 28 de mayo de 2008 (Fofana y Kondewa, AC), párr. 70 y ss. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, nota al pie, p. 307.

<sup>142</sup> Sin embargo, WERLE señala que el ECPI no determina expresamente que también las acciones de ayuda tras la consumación delictiva pueden ser punibles, pero que una nota al pie del art. 23 del Proyecto Final de Estatuto para la CPI

señala que el colaborador debe actuar “con el propósito de facilitar la comisión del crimen”. Aquí sucede lo mismo que se vio en el ámbito de la inducción, en el entendido de que es suficiente con que el colaborador conozca que coopera al crimen que comete el autor, sin que sea necesario que comparta los propósitos especiales del autor principal<sup>143</sup>.

En el cuarto nivel de intervención, el artículo 25.3.d) contempla la contribución en crímenes cometidos por grupos como forma de intervención en los crímenes de Derecho internacional. Esta regulación está influenciada por el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, de 12 de enero de 1998, y tiene su origen en las discusiones sobre la punición de la conspiración (*conspiracy*) en el ECPI<sup>144</sup>. La doctrina mayoritaria<sup>145</sup> y la misma CPI<sup>146</sup> han señalado que se trata de la forma de participación más débil y residual en el hecho delictivo de otro, y que, aunque a primera vista pueda asimilarse a la JCE, se

---

dispone al respecto que “[e]sa presunción (según la cual la complicidad sucesiva puede ser suficiente para fundamentar la punibilidad) se cuestionó en el caso de la Corte penal internacional. Si se considera necesario criminalizar la ayuda, etc., ex post factum se necesitaría una disposición explícita”. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, pp. 307-308.

<sup>143</sup> WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 304.

<sup>144</sup> SALAND, *International Criminal Court Principles*, 1999, p. 199.

<sup>145</sup> Véase en: AMBOS, *La parte General del Derecho Penal Internacional...*, 2005, pp. 270 y ss.; WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 309; OLÁSULO, *The Criminal Responsibility...*, 2009, p. 271.

<sup>146</sup> La CPI la ha denominado como una “forma residual de responsabilidad accesoria” (residual mode of accessory liability) en el Caso *Lubanga*, sala previa al juicio, decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párr. 337; así como una “forma de responsabilidad de recogida” (catch all form of liability), en el caso *Ruto, Kosgey, Sang*, Sala previa al juicio, decisión de 23 de enero de 2012, párr. 354; en un sentido similar se pronunció en el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*, Sala previa al juicio, decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008. Párr. 483.

diferencian sustancialmente<sup>147</sup>. La CPI ha precisado cuáles son los elementos de esta forma de participación<sup>148</sup>: en cuanto a los elementos objetivos: (i) la comisión o intento de comisión de un crimen de competencia de la Corte; (ii) que un grupo de personas actuando con un propósito común hayan intentado cometer o hayan cometido dicho crimen y; (iii) que el individuo (procesado) haya contribuido al crimen, de una forma diferente a las previstas en los literales a, b y c del artículo 25(3). En relación con los elementos subjetivos: (iv) que dicha contribución haya sido intencional; (v) y que haya sido realizada: a) con el propósito de apoyar la actividad o el propósito criminales del grupo, b), o bien, con conocimiento de la intención del grupo de cometer el crimen. En este sentido, en contra a lo que sucede con los requisitos que han catalogado los tribunales *ad hoc* para aplicar la JCE, este tipo de responsabilidad prevista en el ECPI no requiere que los altos líderes políticos o militares compartan el propósito criminal común del grupo. Por el contrario, el artículo 25(3)(d) solo requiere que estén al tanto de tal finalidad. Además, tampoco está limitado a que la contribución al crimen sea mediante una orden, solicitud, inducción, ayuda, incitación o apoyo, tal y como se prevé en las letras (b) y (c) del artículo 25(3) del estatuto.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> CPI, decisión de 16 de diciembre de 2011 (Mbarushimana, PTC), párr. 282.

<sup>148</sup> CPI, decisión de confirmación de cargos 23 de enero de 2012, *Ruto, Kosgey, y Sang*, párr. 351; también CPI, decisión de confirmación de cargos de 23 de enero de 2012, *Muthaura, Kenyatta y Ali*, párr. 421.

<sup>149</sup> Véase en: OLÁSULO, *The Criminal Responsibility...*, 2009, p. 270.

## 8.1. Teoría del control conjunto del crimen

El ECPI establece un sistema de intervención que distingue entre intervinientes principales y accesorios. Así lo señaló en la sentencia de confirmación de cargos de 19 de enero de 2007 en el caso *Lubanga*<sup>150</sup>, en la que también indicó que la teoría del control conjunto del crimen (*Joint Control of the Crime*) –sostenida por la Fiscalía en el mismo caso– es la correcta para interpretar el artículo 25.3 del ECPI, pues, según su parecer “descansa en el principio de la división de tareas esenciales (en tanto) aunque ninguno de los participantes tiene un control completo sobre la comisión del crimen, debido a que todos dependen el uno del otro para su comisión, todos comparten el control porque cada uno de ellos podría frustrar la comisión del crimen al no llevar a cabo su tarea”<sup>151</sup>.

Esta tesis parte de la idea que, si bien ninguno de los autores controla por sí mismo la ejecución, entre todos comparten dicho control, por lo que dependen el uno del otro para llevar a cabo su cometido y cada uno tiene el poder de frustrar la realización de los

---

<sup>150</sup> CPI. Caso *Lubanga*, Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007. Párr. 320. Sin embargo, la decisión cuenta con una opinión separada del juez Fulford a favor de interpretar el art. 25.3 como un sistema unitario de autoría. Así mismo, la jueza Van Den Wyngaert consideró, en su opinión concurrente en el caso *Ngdujolo Chui* (TC) de 18 de diciembre de 2002, que tal distinción es inútil, en tanto no implica una diferenciación del grado de responsabilidad y de la pena a imponer, pese a reconocer que los autores tienen una responsabilidad directa (*direct*) y los partícipes derivada (*derivative*).

<sup>151</sup> CPI. Caso *Lubanga*, Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007. Párr. 342.

elementos objetivos del crimen<sup>152</sup>. En este sentido, la CPI acogió la tesis del dominio de la voluntad a través del dominio de la organización de Claus ROXIN<sup>153</sup>. En la sentencia de confirmación de cargos del caso *Katanga y Ngudjolo Chui*, la Sala Previa al Juicio consideró que el dominio sobre el ejecutor también puede ejercitarse a través de una organización, esto es, a través de un aparato organizado de poder<sup>154</sup>. La CPI recurrió en este caso la noción de la “coautoría mediata” (*indirect co-perpetration*), indicando que el artículo 25(3) utiliza una conjunción (o) para distinguir ambas formas de intervención criminal (coautoría y autoría mediata –*indirect perpetration* y *co-perpetration*-), y que una interpretación inclusiva y no exclusiva del mismo resulta plausible en aquellos casos en los que, pese a que el individuo no controla a la persona que ejecuta el crimen, sí actúa mancomunadamente con otro interviniente que ejerce control sobre el autor material, esto es, como autor detrás del autor<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> Véase en: OLÁSOLO, *The Criminal Responsibility...*, 2009, p. 36 y 266 y ss. CPI. Caso *Lubanga*, Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007. Párr. 330.

<sup>153</sup> En este sentido: WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 289; OLÁSOLO, *The Criminal Responsibility...*, 2009; AMBOS, *La parte General del Derecho Penal Internacional...*, 2005, p. 78.

<sup>154</sup> CPI. Caso *Katanga y Ngudjolo Chui*. Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008. Párr. 495 y ss.

<sup>155</sup> CPI. Caso *Katanga y Ngudjolo Chui*. Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008. Párr. 496. Resulta importante destacar las particularidades de ese caso concreto, pues los dos acusados eran líderes de dos organizaciones militares diferentes (FRPI y FNI) y cada uno de ellos sólo ejercía poder de mando respecto de cada una, pero acordaron atacar el pueblo de Bogoro de manera conjunta –debido a que en aquel momento tenía un indudable valor militar por su situación estratégica en el cruce de las carreteras que unían Bunia con Beni y Kasenyi con Mongwalu–. Sin embargo, también ha sido aplicada por la CPI en el escenario de una sola organización, cuyo dominio o control es ejercido por diferentes líderes, que lo

La CPI ha reiterado el recurso a la teoría del control conjunto del crimen en diferentes oportunidades, como en los procesos seguidos contra Jean Pierre Bemba<sup>156</sup>; Omar Al Bashir<sup>157</sup>; Abu Garda<sup>158</sup>; Muamar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi<sup>159</sup>; Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta y Mohammed Hussein Ali<sup>160</sup>; William Ruto, Henry Kosgey y Joshua Arap Sang<sup>161</sup>, Laurent Nbagbo<sup>162</sup> y contra el mismo Germain Katanga posteriormente en la sentencia condenatoria<sup>163</sup> (Mathieu Ngudjolo Chui fue absuelto posteriormente por falta de pruebas). Entre dichos casos resaltan los de Omar Al Bashir y Abdullah Al-Senussi porque el concepto de autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud del control de

---

utilizan de manera conjunta para asegurar la comisión del crimen, tal y como sucedió en los casos “Gaddafi”, “Gbagbo”, “Kenyatta” y los relativos a los líderes del Movimiento Democrático Naranja en Kenia. Véase en: OLÁSOLO, *Aplicación del concepto de autoría mediata...*, 2013, pp. 302, 313.

<sup>156</sup> CPI. Sala Previa al Juicio III. Caso contra Jean Pierre Bemba Gombo, “Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo”, 10 de junio de 2008.

<sup>157</sup> CPI, Sala previa al juicio. Decisión de aplicación de orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir de 4 de marzo de 2009. Párr. 221. También en la segunda orden de arresto de 7 de diciembre de 2010.

<sup>158</sup> CPI. Caso *Abu Garda*, “Decision on the Prosecution’s Application under Article 58”, 7 de mayo de 2009, párr. 24 y ss.

<sup>159</sup> CPI. Caso contra Muammar Al-Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, “Decision on the Prosecutor’s Application pursuant to Article 58 as to Muammar Mohamed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al Islam Gaddafi and Abdullah Al Senussi”, 17 de junio de 2014.

<sup>160</sup> CPI. Caso contra Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali, “Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali”, 8 de marzo de 2011.

<sup>161</sup> CPI. Caso contra William Samoei Ruto, Henry Kipromo Kosgey y Joshua Arap Sang, “Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kipromo Kosgey and Joshua Arap Sang”, 8 de marzo de 2011.

<sup>162</sup> CPI. Caso contra Laurent Koudou Gbagbo, “Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbag-bo”, decision de 30 de noviembre de 2011.

<sup>163</sup> CPI. Caso contra Germain *Katanga*. Sentencia de 14 de marzo de 2014.

una organización fue aplicado de manera autónoma<sup>164</sup>. En los otros casos, al tratarse de situaciones en las que los altos mandos políticos o militares dirigían distintas organizaciones y las utilizaban para ejecutar un plan criminal común, se conjugó la autoría mediata con la coautoría, dando lugar a la figura de la “coautoría mediata” (*indirect co-perpetration*).

De acuerdo con la tesis del control conjunto del crimen, para que a un alto mando –político o militar– pueda endilgársele responsabilidad como coautor (*co-perpetrator*) deben reunirse tanto elementos objetivos como subjetivos. Los requisitos objetivos son: (i) la existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas, (ii) que los coautores hayan realizado un acuerdo y (iii)

---

<sup>164</sup> En el primer caso debido a que Al Bashir era un dirigente con un alto grado control sobre el aparato de poder de la República de Sudán, hasta tal punto que se podía inferir razonablemente que lo controlaba exclusivamente por sí mismo. En cuanto al segundo, se trataba del jefe de inteligencia militar del estado libio y se le imputaron exclusivamente los crímenes cometidos por sus subordinados. De este último caso también hay que resaltar que la CPI emplea la teoría de autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud del control de un AOP para mandos intermedios de la organización (Abdullah Al-Senussi, jefe de la inteligencia militar libia), cuya aplicación se caracteriza, en palabras de OLÁSULO, porque: “(i) se dirige contra superiores intermedios (donde se incluirían también quienes, como Al-Senussi, se sitúan en el escalón inmediatamente inferior a quienes dirigen los aparatos de poder estatales); y (ii) tiene exclusivamente por objeto los delitos cometidos materialmente por los subordinados del imputado”. Es más, para este autor, si se tiene en cuenta que dicha teoría fue pensada para otorgar una solución al caso *Eichmann* -un mando medio-, tal aplicación “es coherente con la opinión de Roxin de que aquellos mandos intermedios que tienen la competencia para emitir órdenes a sus subordinados son también autores mediatos por dominio de la voluntad de los delitos cometidos por sus subordinados en tanto en cuanto utilicen dicha competencia para favorecer su ejecución”, por lo que, concluye que: “[t]odo ello no es sino el resultado de la creciente percepción de que, con independencia de su impacto en la determinación de la pena, la aplicación de formas de responsabilidad accesoria como la instigación o la cooperación en este tipo de situaciones relegan a un papel secundario la función de los dirigentes, lo que no se corresponde con su importancia real en la ejecución del delito”. OLÁSULO, *Aplicación del concepto de autoría mediata...*, 2013, pp. 322-326.



una contribución coordinada y esencial de cada uno de ellos. Respecto del primero de dichos elementos, el acuerdo o plan común entre dos o más personas debe incluir un “elemento de criminalidad”<sup>165</sup>, sin que sea necesario una referencia directa o explícita a la comisión del crimen, sino que puede inferirse de las posteriores acciones concertadas de los coautores<sup>166</sup>; es más, puede estar referida al cumplimiento de un objetivo legal e incluir dentro del mismo, elementos que impliquen la realización de actividades criminales. En este último escenario es suficiente. En cuanto al segundo elemento, se requiere que los coautores hayan acordado: (a) empezar a implementar el acuerdo o plan común para lograr un objetivo no criminal, y (b) que sólo se cometa el crimen bajo determinadas condiciones; o que los coautores: a. estén al tanto del riesgo de que implementar el acuerdo o plan común (el cual está dirigido a cumplir un objetivo no criminal) resultará en la comisión del crimen, y b. acepten tal desenlace<sup>167</sup>. En relación con el tercer requisito, se trata de una contribución coordinada y esencial, realizada por cada uno de los coautores, resultando en la realización de los elementos objetivos del crimen. Para la CPI, cuando los elementos objetivos de un crimen son llevados a cabo por una pluralidad de personas que actúan en el marco de un plan común, sólo aquellos a los que se han asignado tareas esenciales –y en consecuencia, tienen el poder de frustrar la comisión del crimen al

---

<sup>165</sup> CPI, caso *Lubanga*, Sala previa al juicio, decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párr. 343.

<sup>166</sup> CPI, caso *Lubanga*, Sala previa al juicio, decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párr. 345.

<sup>167</sup> No se comparte que se entienda este elemento como uno objetivo. Personalmente entendemos que este es un elemento subjetivo.

no ejecutar su misión— pueden entenderse como poseedores del control conjunto del crimen, sin que sea necesario que el autor intervenga en la fase ejecutiva<sup>168</sup>. Además, manifestó la CPI que el ER no exige que tal contribución –coordinada y esencial– se realice en una etapa ejecutiva<sup>169</sup>, sino que puede darse en una fase preparatoria, en la que su función puede consistir en la “activación de los mecanismos que conducen al cumplimiento automático de sus órdenes, y con ello, a la comisión de los crímenes”<sup>170</sup>.

En cuanto a los elementos subjetivos, además de los elementos comunes de la imputación subjetiva descritos en el artículo 30 del ECPI, para que se configure el control conjunto del crimen es necesario que el sujeto y demás miembros de la organización sean conscientes del riesgo de que implementar el acuerdo o plan común puede resultar en la realización de elementos objetivos del crimen, y además, que todos esos intervinientes acepten mutuamente dicho resultado “al reconciliarse a sí mismos con él o al consentirlo”<sup>171</sup>. Tal consentimiento y aceptación es precisamente lo que justifica para la CPI que las contribuciones realizadas por otros se les puedan imputar a los coautores y que sean hallados responsables

---

<sup>168</sup> CPI, caso *Lubanga*, Sala previa al juicio, decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párr. 346-348; CPI, decisión de confirmación de cargos de 23 de enero de 2012, *Ruto, Kosgey, y Sang*, párr. 308.

<sup>169</sup> CPI. Caso *Katanga y Ngudjolo Chui*. Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008. Párr. 526.

<sup>170</sup> CPI. Caso *Katanga y Ngudjolo Chui*. Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008. Párr. 525; CPI, decisión de confirmación de cargos de 23 de enero de 2012, *Ruto, Kosgey, y Sang*, párr. 306.

<sup>171</sup> CPI, caso *Lubanga*, Sala previa al juicio, decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párr. 361.

por el crimen en su totalidad<sup>172</sup>. Cuando el riesgo de realización del crimen es alto, la aceptación mutua de los coautores puede inferirse de su conocimiento acerca de que, debido a la implementación del acuerdo o plan común, existe una alta probabilidad de se produzcan los elementos objetivos del crimen; así como de la decisión de continuar con la implementación del acuerdo o plan común pese a tal conocimiento. En el caso de que el riesgo sea bajo, los coautores deben haber aceptado de manera clara o expresa la idea de que implementar el plan o acuerdo común podría resultar en la realización de los elementos objetivos del crimen. Además, el coautor debe ser consciente de las circunstancias fácticas que lo habilitan para controlar el crimen. Esto significa que el sujeto debe estar al tanto de que su rol es esencial para la implementación del plan común y para la comisión del crimen. En esa medida, puede frustrar la implementación del plan común y, por lo tanto, la comisión del crimen, dada la naturaleza esencial de su tarea.

## **9. La responsabilidad de mando en el artículo 28 del Estatuto de Roma**

El ECPI incorporó expresamente en el artículo 28 la responsabilidad de los jefes militares o asimilados y superiores jerárquicos civiles que no adopten las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar, reprimir o denunciar la comisión

---

<sup>172</sup> CPI, caso *Lubanga*, Sala previa al juicio, decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párr. 362.

de crímenes por parte de sus subordinados<sup>173</sup>. Si bien no es la primera vez que un instrumento internacional consagra la responsabilidad de mando (*command responsibility*) por omisión<sup>174</sup>, sí es la primera ocasión en que se consagran con pretensiones de validez general los requisitos de esta forma de responsabilidad, así como la primera en la que se extiende a los superiores civiles<sup>175</sup>.

## 9.1. La discusión sobre la naturaleza jurídica del art. 28 del ECPI

Se ha discutido si el artículo 28 del Estatuto de Roma recoge una responsabilidad por omisión propia o impropia. Así, hay quienes la identifican como una cláusula de omisión impropia o de comisión por omisión, como KREB<sup>176</sup> WERLE<sup>177</sup>, GIL GIL y MACULÁN,

---

<sup>173</sup> ROJAS SALAS, “La aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano”, en: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, Vol. 73, pp. 10 y ss.

<sup>174</sup> Ya lo habían hecho el ETPIY (art. 7.3), el ETPIR (art. 6.3), el ETESL (art. 6.3.) y el art. 86 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (1977), así como estatutos de otros tribunales internacionales especiales como el de Camboya (art. 29) o el del Líbano (art. 3.2.).

<sup>175</sup> La regulación prevista en el art. 28 del ECPI se diferencia de otras regulaciones en la medida en que distingue expresamente entre los superiores militares (*de iure*) y asimilados (*de facto*) y los no militares (civiles). Esta distinción tiene su origen en la propuesta de la delegación estadounidense, cuya consecuencia más notable puede observarse en el elemento subjetivo exigido en uno u otro caso.

Véase al respecto en: AMBOS, *La parte General del Derecho Penal Internacional...*, 2005, pp. 79 y 295; GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo*, 2013, p. 155. ELLA MISMA, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 106; United Nations, *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Official Records, vol. II, 2002, p. 136, párr. 67.

<sup>176</sup> KREB, *Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts...*, 1999, p. 4-10.

quienes consideran que “atendiendo al derecho internacional consuetudinario, y a la redacción del artículo 28 ECPI, el superior responde por los ‘crímenes cometidos por los subordinados’, y no por la falta de realización de una conducta determinada indicada en dicha norma, a modo de una omisión pura o propia. Los dos encabezamientos del artículo 28 especifican que lo que se imputa al superior son los crímenes de sus inferiores y no cualquier tipo de conducta de signo diverso y gravedad”<sup>177</sup>. Otros autores, como AMBOS, afirman que dicha norma consagra una cláusula de responsabilidad por omisión propia, en tanto “el superior no comete los ‘crímenes base’ ni por sí mismo, ni por medio de otro (como el autor de un delito de omisión ‘impropia’, por ejemplo, un homicidio por omisión), sino que ‘solamente’ no cumple en modo debido el deber de vigilancia que le incumbe”<sup>179</sup>. Otros autores, por el contrario, sostienen que la responsabilidad por omisión consagrada en el artículo 28 del ECPI es *sui generis*, esto es, ni propia ni impropia, sino algo distinto, inclasificable en dichas modalidades<sup>180</sup>. Este último grupo de autores entienden que el ECPI está enmarcado en un Derecho diferenciado y autónomo –el Derecho penal internacional– en el que no tienen incidencia dichas categorías dogmáticas provenientes del Derecho penal europeo continental con influencia germánica. En este sentido se puede encontrar a WEIGEND, para quien “[l]a cuestión de si la responsabilidad del

---

<sup>177</sup> WEIGEND, “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en: *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, nota al pie de página 32.

<sup>178</sup> GIL GIL y MACULAN, *Derecho penal internacional*, 2016, p. 240.

<sup>179</sup> AMBOS, *La parte General del Derecho Penal Internacional...*, 2005, p. 299.

<sup>180</sup> Véase en: WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2011, p. 315.

superior es, conforme al derecho penal internacional, una omisión ‘propia’ (omisión pura) o ‘impropia’ (comisión por omisión) es, en realidad, una pregunta ociosa, pues estas categorías de la dogmática alemana no desempeñan papel alguno en la discusión internacional”<sup>181</sup>.

En mi opinión, si bien no creo que dicha discusión sea irrelevante, tampoco encuentro posible encasillar al artículo 28 del ECPI como una cláusula de responsabilidad propia o impropia, en tanto tiene elementos de ambas. Por un lado, sería asimilable a la comisión por omisión en la medida en que contiene una extensión de la responsabilidad por el resultado típico cometido por otro sujeto, esto es por el crimen internacional que finalmente es cometido por los subordinados. Sin embargo, también contiene elementos de una responsabilidad propia si se entiende que recoge descripciones típicas por la falta de realización de determinadas conductas que por sí mismas podrían entenderse como varios crímenes independientes, por ejemplo, el no evitar la comisión de crímenes de los subordinados sería distinto de no poner en conocimiento tales crímenes ante las autoridades encargadas de su investigación y enjuiciamiento, en tanto la primera de dichas conductas se realiza con anterioridad a los crímenes cometidos por los subordinados, mientras que la segunda se comete con posterioridad y no tiene ninguna conexión desde el punto de vista causal con tales delitos, precisamente porque es una conducta realizada *ex post* y lo que se

---

<sup>181</sup> Véase en: WEIGEND, “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en: en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, pp. 134-135.

sanciona es no haber castigado tales delitos. Es más, en el mismo artículo se distingue la responsabilidad para cierto tipo de superiores –los jefes militares o asimilados– que alcanza el grado culposo o imprudente, mientras que para los superiores civiles únicamente es dolosa. Ahora bien, otra cuestión diferente es la responsabilidad penal que surge en virtud de las normas a través de las cuales se transpuso el artículo 28 del ECPI en los ordenamientos jurídicos nacionales, en especial tratándose de países de Derecho europeo continental (como el caso de España y Alemania), en los que, como lo expondré más adelante, considero que deben ser interpretados como delitos de omisión propia, básicamente porque en estos Derechos ya estaban incorporados en los Códigos Penales las cláusulas de comisión, por lo que no tenía sentido transponer el artículo 28 del ECPI a menos que se incorporara una forma de responsabilidad penal distinta, no solo un dispositivo amplificador sino nuevos tipos penales necesarios para dar cumplimiento a los compromisos asumidos en relación con la persecución penal de los crímenes internacionales.

Por otra parte, es importante distinguir la responsabilidad de mando recogida en el artículo 28 del ECPI de las formas de intervención previstas en el artículo 25 del mismo estatuto, especialmente de la inducción y de la autoría mediata<sup>182</sup>. Ambas figuras se diferencian tanto en el plano objetivo como en el subjetivo. Desde el plano objetivo, es claro que las formas de participación del artículo 25

---

<sup>182</sup> ROJAS SALAS, “La aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano”, en: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, Vol. 73, pp. 10 y ss.

hacen referencia a una intervención activa en el hecho delictivo principal, mientras que en la responsabilidad de mando se reprocha una conducta omisiva que ha sido utilizada como un tipo de responsabilidad “subsidiaria”, ante la imposibilidad de demostrar “la responsabilidad directa” por la orden de comisión de delitos<sup>183</sup>. En cuanto al plano subjetivo, en el artículo 28 se consagra régimen especializado y distinto del previsto en el artículo 30 para todas las formas de intervención, en virtud del cual no solo se sancionan las conductas dolosas sino también las imprudentes para el caso de los jefes militares o asimilados<sup>184</sup>.

La primera vez en la que la CPI se pronunció sobre este tipo de responsabilidad fue en la decisión de confirmación de cargos de 15 de junio de 2009 tomada en el caso *Bemba*<sup>185</sup>, en el que el procesado –Jean-Pierre Bemba Gombo– fue acusado por asesinatos, violencia sexual y torturas cometidos por sus subordinados, soldados del MLC, indiscriminadamente contra la población civil de la CAR

---

<sup>183</sup> Véase en: AMBOS, *La parte General del Derecho Penal Internacional...*, 2005, p. 301; el mismo en: *Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior*, 2007, p. 73.

<sup>184</sup> Véase en: AMBOS, *La parte General del Derecho Penal Internacional...*, 2005, pp. 299-300.

<sup>185</sup> Manifestó la CPI en esta decisión que la responsabilidad de mando incorporada en el artículo 28 del ECPI es “una forma diferente de responsabilidad de la prescrita en el art. 25(3), en el sentido de que el superior puede ser encontrado responsable por las conductas prohibidas realizadas por sus subordinados, por fallar a su deber de prevenir o reprimir sus conductas ilegales, o por no poner dichos asuntos en conocimiento de las autoridades competentes. Este tipo de responsabilidad puede entenderse mejor ‘cuando es vista desde el principio de la responsabilidad penal por omisión, según el cual esta se presenta sólo cuando existe una obligación legal de actuar’”. CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II), caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 405.



entre el 26 de octubre de 2002y el 15 de marzo de 2003<sup>186</sup>. En la sentencia proferida en marzo de 2016 la Sala de Primera Instancia apreció la responsabilidad de mando prevista en el artículo 28 del Estatuto de Roma para señalar que Bemba era culpable por los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos por sus subordinados, entre los que se contaban homicidios, violaciones y saqueos<sup>187</sup>.

Sin embargo, en sentencia del 8 de junio de 2018, la Sala de Apelaciones revocó dicha condena<sup>188</sup>. En esta ocasión la CPI defendió una interpretación menos exigente y más moderada y realista de la responsabilidad de mando o *command responsibility* según la cual “el alcance del deber de tomar ‘todas las medidas necesarias y razonables’ está intrínsecamente conectado a la posibilidad real del comandante de prevenir o prevenir la comisión de crímenes o de remitir el asunto a las autoridades competentes para su investigación y judicialización”<sup>189</sup>, de tal forma que el comandante no puede ser culpado por. no haber hecho algo que no estaba en su poder de hacer. Así, “la evaluación acerca de si el comandante tomó todas ‘las medidas necesarias y razonables’ debe basarse en consideraciones de qué delitos el comandante sabía o

---

<sup>186</sup> CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II), caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 72.

<sup>187</sup> CPI (Sala de Juicio III), caso *Bemba*, decisión de primera instancia, 21 de marzo de 2016, pp. 79 y ss.

<sup>188</sup> La votación fue muy apretada. Dos de los magistrados (Hofmanski y Monageng) votaron por confirmar la condena, pero tres de ellos (Morrison, van den Wyngaert y Eboe-Osuji) finalmente decidieron revocarla y, en su lugar, absolver a Bemba. Véase en: Corte Penal Internacional: Sala de Apelaciones. Caso *Bemba*. Decisión de absolución de 8 de junio de 2018.

<sup>189</sup> Corte Penal Internacional: Sala de Apelaciones. Caso *Bemba*. Decisión de absolución de 8 de junio de 2018.

debió saber y en qué momento (...). No se requiere que un comandante emplee cada una de las medidas posibles dentro de su arsenal, independientemente de las consideraciones de proporcionalidad y factibilidad. El Artículo 28 solo requiere que los comandantes hagan lo que sea necesario y razonable según las circunstancias”<sup>190</sup>. De esta forma, en el sentir de la Sala de Apelaciones las medidas adoptadas por *Bemba* fueron necesarias y razonables, por lo que no había lugar a un reproche de conformidad con lo previsto en el artículo 28 del ECPI<sup>191</sup>. Tal y como afirma AMBOS, “no puede serle exigido a un superior lo imposible, ni tampoco cualquier tipo de contramedidas imaginables” <sup>192</sup>. Más bien, se debe esperar por parte del jefe o superior jerárquico que tome las medidas “viables y esperables *ex ante* con respecto a los delitos concretos constatados y a las circunstancias operativas” <sup>193</sup>. De esta forma, el criterio para valorar su intervención se encuentra en la diligencia razonable (*reasonable diligent*), el cual varía dependiendo del contexto particular. Así, “contramedidas que para una ‘ola delincencial’ parecen insuficientes, pueden ser suficientes con respecto a delitos determinados”<sup>194</sup>.

---

<sup>190</sup> Corte Penal Internacional: Sala de Apelaciones. Caso *Bemba*. Decisión de absolución de 8 de junio de 2018.

<sup>191</sup> Véase en: AMBOS, *La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del superior*, 2018.

<sup>192</sup> AMBOS, *La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del superior*, 2018.

<sup>193</sup> AMBOS, *La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del superior*, 2018.

<sup>194</sup> AMBOS, *La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del superior*, 2018.

## 9.2. Elementos de la responsabilidad de mando

Conviene ahora abordar cómo ha concebido la jurisprudencia de la CPI los elementos de la responsabilidad de mando, tanto para el superior jefe militar o asimilado, como para el superior jerárquico no militar. Estos son: (i) la posición jerárquica, (ii) la autoridad y control efectivos, (iii) el grado de conocimiento del jefe o superior jerárquico y (iv) la no adopción de medidas necesarias y razonables a su disposición para prevenir, reprimir o denunciar los delitos cometidos por sus subordinados <sup>195</sup>.

En relación con el primero de dichos elementos, la distinción entre superiores militares (*de iure* y *de facto*) y los no militares (civiles) obedeció a la propuesta de la delegación estadounidense, que finalmente fue acogida por las delegaciones del Estatuto de Roma<sup>196</sup>, cuya distinción más notable puede observarse en el elemento subjetivo exigido en uno u otro caso<sup>197</sup>. Es la primera ocasión en la que el Derecho penal internacional contempla una regulación diferenciada de estas dos clases de superiores, pues ni el ETPIY ni el ETPIR lo hacían.

---

<sup>195</sup> También para GARROCHO SALCEDO –salvo el elemento subjetivo– dichos elementos son extrapolables a los superiores civiles. Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo*, 2013, p. 151.

<sup>196</sup> *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Official Records, vol. II, 2002, p. 136, párr. 67.

<sup>197</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo*, 2013, p. 155. GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 106.

Conforme a la jurisprudencia de la CPI (caso Bemba)<sup>198</sup>, los superiores militares (*military commanders* o *comandantes de iure*) son aquellos que han sido designados formal o legalmente para llevar a cabo funciones de mando militar. El comandante militar puede ser en este sentido tanto la persona que ocupa el más alto nivel en la cadena de mando como un líder de una pequeña fracción de las fuerzas militares que tenga soldados bajo su mando<sup>199</sup>. Por su parte, los superiores que actúan efectivamente como militares (*jefes militares asimilados* o *de facto*) son aquellos que, sin estar designados legalmente para desempeñar un cargo militar, ejercen de facto un control efectivo sobre un grupo de personas a través de una cadena de mando. En esta categoría se encuentran tanto “aquellos superiores que tienen autoridad y control sobre fuerzas gubernamentales regulares, –como unidades de policía armadas– o irregulares –como grupos rebeldes, unidades paramilitares, incluyendo entre ellos grupos armados de resistencia y milicias que siguen una estructura jerárquica militar o una cadena de mando”<sup>200</sup>; es decir, en esta categoría se encontrarían también los jefes o superiores de grupos paramilitares o guerrilleros que operan en

---

<sup>198</sup> Si bien es cierto que la Sala de Apelaciones de la CPI modificó el estándar de la responsabilidad de mando en la decisión tomada el 8 de junio de 2018, también lo es que dicho cambio jurisprudencial fue sólo en relación con uno de los elementos de la responsabilidad de mando: la adopción de medidas necesarias y razonables. No modificó lo relativo a los demás elementos de este tipo de responsabilidad, por lo que la sentencia proferida por la Sala de Cuestiones Preliminares II el 12 de junio de 2009 sigue siendo útil para identificarlos. Véase al respecto: STEWART, *El artículo 28 del Estatuto de Roma*, 2018, pp. 3-4.

<sup>199</sup> CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II), caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 408.

<sup>200</sup> CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II), caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 409.

conflictos armados, como los mencionados en los ejemplos expuestos en la introducción de este trabajo.

En cuanto a los superiores civiles, si bien hubo dudas en un inicio en extender para ellos la responsabilidad de mando, finalmente se concluyó que sí era necesario. La principal diferencia entre los superiores civiles y los comandantes militares radica en la “naturaleza y alcance de su autoridad”, en la medida en que la autoridad de los militares se basa en el sistema de disciplina militar, que tiene una dimensión penal, mientras que en la mayoría de los países no existe un sistema de castigo comparable para los civiles. También se señaló que otra diferencia importante entre ambos es que, mientras que el comandante militar está a cargo de una “fuerza letal”, el superior civil lo está de una “burocracia”. Para la delegación estadounidense una característica muy importante y única de la responsabilidad de mando militar es la existencia de la negligencia como criterio de responsabilidad penal, por lo que “se espera que un comandante militar asuma la responsabilidad si supiera o debería haber sabido que las fuerzas bajo su control iban a cometer un acto criminal que parecía estar justificado por el hecho de que estaba a cargo de una fuerza inherentemente letal”<sup>201</sup>. De esta forma, en virtud de la propuesta de la delegación de EE.UU., el ECPI previó deberes de cuidado más estrictos para los jefes militares o asimilados, descartándose así la responsabilidad por imprudencia para los superiores civiles, para quienes, por el

---

<sup>201</sup> *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Official Records, vol. II, 2002, p. 136, párr. 67.

contrario, se prevé un tipo de responsabilidad subjetiva hasta la “ceguera intencional” (*willful blindness*)<sup>202</sup>.

En relación con el segundo de los elementos de esta forma de responsabilidad –la autoridad y control efectivo–, el artículo 28 del ECPI, es importante mencionar que dichas cualidades (autoridad y control) se predicen tanto del jefe militar o asimilado (respecto del militar se usa el término “*command*”, que no tiene diferencias significativas respecto de “*authority*”), como del superior civil, por lo que, comparto la posición de AMBOS en el sentido de que ambas características resultan siendo las determinantes –dejando de lado los formalismos para caracterizar al superior jerárquico– siempre y cuando se presenten de manera efectiva<sup>203</sup>. Es decir, más allá de formalismos como la designación formal en un cargo, es preciso determinar que el superior jerárquico material se encontraba en una posición de autoridad y control respecto de las actuaciones de sus subordinados. Así lo ha interpretado la CPI, que ha manifestado que, para poder constatar dicho control “efectivo” se pueden utilizar varios indicios, como la posición oficial del individuo, su poder para emitir órdenes, su capacidad de garantizar el cumplimiento de

---

<sup>202</sup> GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 107.

<sup>203</sup> AMBOS, *La parte General del Derecho Penal Internacional...*, 2005, p. 304. Si bien este autor pone de presente que “La única diferencia material que parece existir entre estos conceptos reside en el hecho de que el ‘*command*’ supone una estructura de mando militar y por tal razón está reservado a los superiores militares, mientras que la ‘*authority*’ también corresponde a los superiores no militares”, más adelante concluye que “lo decisivo en ambos casos es que el superior controle de modo “efectivo” a sus subordinados, sea esto en razón de su poder de mando o de su autoridad; especialmente la capacidad de emitir e imponer órdenes representa un indicio importante de la existencia de tal mando o autoridad” (p. 305).

dichas órdenes, su posición dentro de la estructura militar y las tareas reales que desempeña, su capacidad de ordenar a las fuerzas bajo su mando participar en hostilidades, su capacidad de hacer cambios en la estructura de mando, su poder para promover, reemplazar, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas y, la autoridad para enviar fuerzas donde las hostilidades tienen lugar y retirarlas en cualquier momento dado. Además, la CPI exige que se especifique el “marco temporal” en el que dicho control se ejerció, el cual debe coincidir con la conducta criminal realizada por sus subordinados o, por lo menos (“*at least*”), cuando estas estaban a punto de cometerse<sup>204</sup>.

En relación con el tercer elemento, esto es el grado de conocimiento, es claro que hace parte la parte subjetiva del crimen (*mens rea*), la cual es abordada posteriormente de forma genérica para las otras formas de responsabilidad, en el art. 30 del ECPI, intitulado como “elemento de la intencionalidad”<sup>205</sup>. Por el contrario, el 28 del ECPI contiene una regulación específica en cuanto al grado de conocimiento requerido para imputar la

---

<sup>204</sup> CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II), caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 417-419.

<sup>205</sup> “Artículo 30. Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido”.

responsabilidad de mando. Este artículo distingue, para poder imputar este tipo de responsabilidad, según la clase de superior que se trate<sup>206</sup>. En el caso de los jefes militares o asimilados –literal (a)– es preciso demostrar que tuvieron conocimiento de los crímenes de los subordinados o que deliberadamente omitieron información que indicase su comisión (“*hubiere debido saber*”), esto es, la responsabilidad para ellos llega incluso hasta la modalidad culposa. En cambio, en el caso de los superiores no militares –literal (b)–, es preciso demostrar que tuvieron conocimiento de tales crímenes o que deliberadamente hicieron caso omiso de la información que indicaba su comisión por parte de los subordinados o que pretendían cometerlos, esto es, su responsabilidad llega hasta la ignorancia deliberada o *wilfull blindness*<sup>207</sup>. Así, el estándar de responsabilidad subjetiva de los superiores civiles es más exigente que el de los jefes militares o asimilados, para quienes basta con demostrar que “hubieren debido saber”, de acuerdo con las circunstancias del momento, mientras que en el caso de los aquellos se exige, o bien demostrar dicho conocimiento o que deliberadamente hubieren hecho caso omiso de la información sobre los crímenes cometidos por los subordinados<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo*, 2013, p. 155; KARSTEN, *Distinguishing Military and Non-Military Superiors. Reflections on the Bemba Case at the ICC*, 2009, p. 984; NERLICH, *La responsabilidad del superior a la luz del artículo 28...*, 2016, pp. 12 y ss.

<sup>207</sup> GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo*, 2013, p. 155.

<sup>208</sup> Véase en: Vargas, *El elemento subjetivo del delito en el Estatuto de Roma...*, 2020, p. 405 y ss.



El cuarto elemento, la no adopción de las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o denunciar el crimen, es claro que los deberes cuya infracción sanciona el artículo 28 del ECPI son diferentes. Así, el deber de evitar surge antes de la comisión del delito por parte de los subordinados y sólo puede cumplirse antes de su consumación<sup>209</sup>, esto es, en palabras de la CPI, cuando “estaban cometiendo o estaban a punto de cometer crímenes”<sup>210</sup>. El deber de reprimir, según la CPI, tiene dos dimensiones, implica tanto la obligación de poner fin o interrumpir los delitos que se están cometiendo, como castigar a los subordinados después de la comisión de los delitos<sup>211</sup>. También menciona la CPI que dicho deber de castigar puede cumplirse de dos formas: “ya sea por la adopción por el propio superior de las medidas necesarias y razonables para castigar a sus fuerzas, o, si él no tiene la capacidad de adoptarlas, refiriendo la cuestión a las autoridades competentes. Por lo tanto, el deber de castigar (como parte del deber de reprimir) constituye una alternativa al tercer deber mencionado en el artículo 28 (a) (ii), es decir, el deber de someter la cuestión a las autoridades competentes, cuando el superior mismo no se encuentra en disposición de tomar las medidas necesarias y razonables para castigar”<sup>212</sup>. En este sentido, la argumentación de la CPI se diferencia de la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, para la cual el deber de castigar es autónomo e incluye el deber de cometer la

---

<sup>209</sup> OLÁSOLO, *Tratado de autoría y participación...*, 2013, p. 781.

<sup>210</sup> CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II), caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 437.

<sup>211</sup> CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II), caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 439.

<sup>212</sup> CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II), caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 440.

cuestión a las autoridades competentes<sup>213</sup>; mientras que, para la CPI, ambos deberes son sub-categorías de un solo deber, el de reprimir<sup>214</sup>. La principal consecuencia de la disimilitud en tales argumentaciones es que, mientras que para los TPIY y TPIR los deberes de evitar y sancionar surgen en dos momentos diferentes (el primero previo a la comisión del crimen, mientras que el segundo como consecuencia de la consumación de este), para la CPI los deberes de evitar, reprimir y someter la cuestión a las autoridades competentes nacen en tres momentos distintos (en la etapa previa a la comisión del delito, en el momento en el que se está produciendo el delito, e inmediatamente después de su consumación, respectivamente)<sup>215</sup>. Como se mencionó previamente, se ha visto sujeto a importantes cambios interpretativos, en especial a partir de la sentencia del caso Bemba. Así, la sentencia CPI del 8 de junio 2019 (que revocó la condena principalmente por deficiencias procesales y probatorias) sostuvo que lo exigible al superior jerárquico –en ese caso jefe militar– se debe determinar con base en el contexto particular del caso, de tal forma que no se puede esperar de él la adopción de medidas imposibles<sup>216</sup>.

## **10. Aplicación del art. 28 del ECPI en los ordenamientos nacionales**

---

<sup>213</sup> TPIY, caso *Hadzihasanovic*, sentencia de primera instancia, 15 de marzo de 2006, párr. 125.

<sup>214</sup> OLÁSOLO, *Tratado de autoría y participación...*, 2013, p. 782.

<sup>215</sup> OLÁSOLO, *Tratado de autoría y participación...*, 2013, pp. 783-784.

<sup>216</sup> CPI, Sala de Apelaciones, Caso *Bemba*, decisión de absolución de 8 de junio de 2018.

Los Estados Parte del ECPI cuentan con un amplio margen de libertad para implementar el Estatuto. Algunos han optado por un modelo de implementación completa y otros por uno limitada. Dentro del modelo de implementación completa hay dos variantes, a saber, la remisión directa al ECPI en su totalidad o en determinadas partes (modelo de remisión) y la regulación en el Derecho nacional conforme al ECPI (modelo de codificación). En la implementación limitada o mínima se introducen en el orden interno las normas estrictamente necesarias relacionadas con la cooperación judicial y la criminalización de los crímenes internacionales<sup>217</sup>. En este contexto, se ha discutido si el artículo 28 del ECPI es directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos nacionales. Algunos países han reproducido directamente en sus legislaciones internas esta norma (modelo de codificación)<sup>218</sup>, de manera que no hay dudas sobre la aplicabilidad de precepto. Otros ordenamientos hacen referencias directas al art. 28 del ECPI, de tal forma que también consagran una aplicación automática en su orden interno de la responsabilidad de mando allí prevista (modelo de remisión)<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Véase en: AMBOS, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 7 (17), 2005, pp. 3 y ss.

<sup>218</sup> Este es el caso de Australia, Comoras, la República Democrática del Congo, Malta, Samoa y el Reino Unido. Véase en: CENTRE FOR INTERNATIONAL LAW RESEARCH AND POLICY, *Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court*, Case Matrix Network, septiembre de 2017, p. 61.

<sup>219</sup> Este es el caso de Nueva Zelanda, Trinidad y Tobago, Kenia, Uganda e Irlanda. Véase en: CENTRE FOR INTERNATIONAL LAW RESEARCH AND POLICY, *Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2017, p. 60.

En otros países, como Colombia, hasta hace poco se entendía que la normativa interna –apoyada en la dogmática de la imputación penal de la comisión por omisión– era suficiente para investigar y juzgar las conductas de los superiores jerárquicos, por lo que no era necesario ajustar la regulación en ese sentido (modelo de implementación limitada). Sin embargo reciente la Corte Suprema de Justicia de dicho país decidió aplicar directamente el artículo 28 del ECPI en el ordenamiento interno, sin mayores consideraciones acerca de las consecuencias que tal importación jurídica<sup>220</sup>.

Otros países como, España<sup>221</sup> y Alemania<sup>222</sup>, atendiendo los compromisos asumidos con la ratificación del ECPI de efectiva

---

<sup>220</sup> Al respecto, véase: ROJAS SALAS, “La aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano”, en: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, Vol. 73, pp. 10 y ss.

<sup>221</sup> En el caso del ordenamiento jurídico español, con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (Código Penal) y se introdujo el artículo 615 bis en el Capítulo IV, incorporando la responsabilidad de la autoridad, jefe militar o que actúe como tal y superior jerárquico por no impedir o no perseguir los crímenes internacionales por parte de sus subordinados, específicamente los capítulos II, II bis y III del mismo título. Esta regulación será analizada con más detalle en la última parte de esta tesis.

<sup>222</sup> Alemania adoptó un modelo de implementación a través de la introducción de dos leyes especiales, tanto de naturaleza material como procesal: el Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) y la Ley para la Implementación del Estatuto de Roma (*IStGH-AusführungsgG*). En la primera de ellas se consagró la denominada responsabilidad de mando en tres normas: los §§ 4, 13, y 14. Si bien el legislador alemán acogió la responsabilidad de mando propia del Derecho penal internacional, la acopló al ordenamiento jurídico interno respetando los principios del Derecho penal, en especial el de culpabilidad, al distinguir en esta forma de responsabilidad los casos en los que el superior tiene conocimiento de los delitos de los subordinados y, pudiendo impedirlos, no lo hace, evento en el cual responde como autor del resultado (§ 4); de aquellos en los que los desconoce, caso en el que responde por un delito independiente consistente en infringir el deber de vigilancia, tanto de forma dolosa como imprudente (§ 14), el cual tiene una pena menor. Véase en: AMBOS, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 7 (17), 2005, pp. 11-12. La solución propuesta por el legislador alemán ha sido acertada, en la medida en que adecuó su normativa para

persecución y enjuiciamiento de los individuos que cometan las conductas allí consideradas como crímenes internacionales, han expedido en sus ordenamientos internos normas sobre la responsabilidad de mando, que, si bien se encuentran inspiradas en el artículo 28 del ECPI, no lo transcriben de forma mecánica, sino que armonizan esta forma de responsabilidad con los principios del derecho local, como los de legalidad, tipicidad y culpabilidad (modelo de implementación mixto, en tanto se codifican en la legislación interna el contenido de algunas normas del estatuto de roma, pero dicha codificación no es ni exhaustiva ni mecánica o automática).

Al respecto, se considera que los Estados que han suscrito el Estatuto de Roma tienen la obligación de investigar y enjuiciar a las personas que hayan cometido crímenes de competencia de la CPI. Si se tiene en cuenta que en el art. 28 se prevé otra modalidad de cometer tales crímenes, alternativa y subsidiaria a las establecidas en el art. 25, se puede concluir que los Estados también están obligados a investigar y enjuiciar a los comandantes o superiores

---

poder perseguir a los máximos responsables de los crímenes internacionales sin vulnerar los principios del Derecho penal interno, en especial los de culpabilidad, legalidad y tipicidad, los cuales se encuentran no sólo en las leyes penales sino en el desarrollo de la ciencia jurídico-penal alemana. Se entendió que, con base en las categorías dogmáticas previstas en el ordenamiento jurídico interno, se pueden perseguir y condenar a los comandantes militares o superiores civiles, sin necesidad de echar por la borda el desarrollo de siglos de la dogmática jurídico-penal nacional. En este sentido, señala WEIGEND que: “hay que celebrar que el legislador alemán, con los §§ 4, 13, y 14 del Código Penal Internacional, haya intentado acoger la idea fundamental acertada de la responsabilidad del superior sin renunciar a las distinciones, a las que obliga el principio de culpabilidad, entre los diversos grados de gravedad del injusto”. Véase en: WEIGEND, “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”: *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, p. 161.

jerárquicos por no haber adoptado las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar, reprimir y/o someter a las autoridades competentes los delitos cometidos por sus subordinados.

Sin embargo, lo anterior no significa que las autoridades de los sistemas de justicia estén maniatadas a aplicar directamente el art. 28 del ECPI en los casos que llegan a su conocimiento de forma automática. Como se verá más adelante, se pueden investigar y juzgar a los responsables de este tipo de conductas con base en los instrumentos consagrados en el derecho interno, específicamente con fundamento en las cláusulas de omisión impropia o comisión por omisión, o incluso –como lo han hecho España y Alemania– acogiendo la responsabilidad de mando –para crímenes internacionales– pero armonizándola con los principios del derecho local. Esto es, se pueden investigar y enjuiciar este tipo de conductas respetando las garantías mínimas consagradas en un Estado de Derecho<sup>223</sup>.

Si bien es cierto que el ECPI ha influenciado normativas y jurisprudencias de varios países, también lo es que el Derecho penal internacional, incluido el contenido en el ECPI, está construido en gran medida a partir de los desarrollos jurídicos nacionales<sup>224</sup>. Dentro de esas influencias se puede observar un marcado peso del

---

<sup>223</sup> Véase al respecto: WEIGEND, “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en: *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, pp. 160-161.

<sup>224</sup> Véase al respecto: GUZMÁN, “Una jurisprudencia equivocada sobre crímenes internacionales y sus consecuencias en la regulación legal de la libertad condicional”, en: *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, No. 70, Enero – Marzo, 2020.

*common law*, por lo que es poco recomendable aplicar automáticamente estos desarrollos jurídicos en los ordenamientos nacionales de tradición jurídica europea continental, en los que puede reñir con las instituciones jurídicas locales<sup>225</sup> y en los que resulta inconveniente e innecesario aplicar directamente el artículo 28 del Estatuto de Roma, por lo menos no sin antes transponer dicha norma y adecuarla con los principios legalidad, culpabilidad y tipicidad.

En cuanto al principio de legalidad, el ECPI no consagra una pena específica para las conductas que tipifica, sino que le otorga un amplio margen de discrecionalidad al juzgador para imponerlas de acuerdo a su criterio, quien, a su turno, necesariamente debe tener en cuenta la forma de intervención del sujeto en el crimen internacional. En los ordenamientos nacionales, dicho arbitrio es más restringido, en tanto resulta inconcebible que se imponga una pena sin que esté previamente consagrada por el legislador. Esto no ha sido ningún capricho legalista sino un principio fundamental (“*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, stricta et certa*”) al cual se ha llegado gracias a la civilización y racionalización de la humanidad<sup>226</sup>, que además se encuentra garantizado en numerosas declaraciones de derechos humanos y pactos internacionales.

También es importante tener en cuenta que no es igual el reproche con base en las formas de intervención previstas en el art. 25 del

---

<sup>225</sup> En este sentido, véase en: VOGEL, “Responsabilidad individual en derecho penal internacional. A la vez una aportación a los modelos de regulación de la intervención”, en: *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, p. 49.

<sup>226</sup> Véase: BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1998, p. 31 y ss.

ECPI –esto es, por autoría o participación activa en el crimen– que con fundamento en la responsabilidad de mando consagrada en el art. 28 ECPI, el cual, como se vio en el acápite previo, es de aplicación subsidiaria y merece una sanción menor. Es más, tampoco es igual una condena dependiendo de las distintas modalidades que consagra el art. 28 del ECPI, más aún si se tiene en cuenta que prevé la posibilidad de condenar a alguien por no acudir a las instancias judiciales correspondientes una vez realizado el hecho delictivo, esto es, por una conducta realizada *ex post facto*, lo cual, sin lugar a dudas debe dar lugar a una pena menor que la de aquél que efectivamente realiza el hecho delictivo principal. En esa medida, si se aplica automáticamente la responsabilidad de mando –entendiéndola como una cláusula de comisión por omisión o de omisión impropia, esto es, que permite equiparar la omisión con la conducta comisiva de resultado, tal como lo hizo la CSJ colombiana, sin mayores consideraciones sobre las consecuencias e implicaciones de su decisión<sup>227</sup>– se vulnera el principio de culpabilidad, que obliga a graduar la pena con base en el reproche por el que se está sancionando<sup>228</sup>.

Sumado a lo anterior, algunas de las conductas previstas en el artículo 28 del ECPI ya se encuentran consagradas previamente en los ordenamientos locales –como es el caso de la omisión de denuncia de servidor público, en el supuesto de no acudir a las

---

<sup>227</sup> Corte Suprema de Justicia: Sentencia de 5 de diciembre de 2018. Radicado No. 50236. Magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier.

<sup>228</sup> Sobre la compatibilidad de la responsabilidad de mando con el principio de culpabilidad, véase: WEIGEND, “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en: en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, pp. 123 y ss..



instancias judiciales correspondientes cuando tiene conocimiento de la comisión de un delito por parte de sus subordinados-. Por tanto, no es claro si al condenar a alguien por esta conducta –aplicando directamente el artículo 28 del Estatuto de Roma– también se vulneraría el principio de tipicidad.

Es importante tener en cuenta que el artículo 28 del ECPI está configurado para ser aplicado en casos de crímenes que son de competencia de la CPI, esto es: crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de genocidio y crimen de agresión. Estos crímenes reúnen unas características propias que los distinguen de los delitos comunes –por ejemplo, la generalidad y sistematicidad en el caso de los crímenes de lesa humanidad–. Así, las formas de imputación diseñadas para este tipo de injustos no pueden asimilarse automáticamente con las categorías dogmáticas nacionales previstas con base en otros criterios de política criminal y una estructura distinta. MARXEN explica esta situación de la siguiente forma:

[L]a distinción entre el delito internacional y el delito conforme al derecho penal nacional no es solamente un problema de ponderación. La búsqueda de elementos de distinción adicionales conduce a un *problema de estructura* (...). Una especificidad del delito de derecho internacional consiste en la realización de un injusto sistemático. Por “injusto sistemático” hay que entender: injusto organizado y, a la vez, específico del sistema. Que de ello se deriva un problema de estructura es algo evidente. La estructura tradicional del concepto de delito se orienta a un comportamiento individual y al resultado concreto del delito

generado a través de dicho comportamiento. Dicha estructura no es adecuada para abarcar la intervención en un injusto sistemático. **(Énfasis suplido)**<sup>229</sup>.

En este sentido, si se asume la aplicación directa del art. 28 del ECPI en el orden interno, tal como lo hizo la CSJ colombiana, no es claro si dicho criterio de imputación por responsabilidad de mando aplicaría de forma similar para delitos que no reúnan dichas características, como puede suceder en casos de homicidios o violencia sexual cuando no sean cometidos en un contexto de generalidad y sistematicidad, por lo que la investigación y el juzgamiento de este tipo de conductas tendrían que realizarse con base en los criterios dogmáticos tradicionales de imputación (como se verá más adelante).

En el caso colombiano esta situación se torna aún más complicada si se tiene en cuenta que no ha sido el legislador el que ha distinguido dichos criterios de imputación, según se trate de crímenes internacionales o no (como debería ser si se toma en serio el principio de legalidad), sino la CSJ, en una decisión en la que tampoco es claro si se han previsto las consecuencias de aplicar directamente en el orden interno una figura jurídica prevista para casos sometidos a la jurisdicción de la CPI con unas particularidades muy propias<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> MARXEN, “Intervención en un injusto sistemático grave. Consideraciones sobre una teoría jurídico-penal internacional del delito”, en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, pp. 33-36.

<sup>230</sup> Sobre la aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano, véase: ROJAS SALAS, “La aplicación directa

Algunos autores incluso consideran que el art. 28 del ECPI –en tanto se trata de una cláusula de responsabilidad subsidiaria a las categorías de imputación de autoría y participación previstas en el art. 25 del mismo estatuto– en realidad es una forma de responsabilidad prevista para aquellos casos en los que no hay medios probatorios suficientes para demostrar el conocimiento del superior jerárquico acerca de la comisión de graves delitos por parte de sus subordinados. Esto es, la idea que habría detrás de esta norma sería evitar la impunidad de los individuos que puedan considerarse como “máximos responsables”<sup>231</sup>, flexibilizando las exigencias probatorias y las garantías propias de un derecho penal de acto y no de autor<sup>232</sup>.

## 10. Balance

El principio de la responsabilidad del superior jerárquico ha sido ampliamente desarrollado en el Derecho penal internacional debido a la creciente necesidad de investigar y enjuiciar la comisión de

---

del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano”, en: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, Vol. 73, pp. 10 y ss.

<sup>231</sup> Un estudio sobre el concepto de “máximos responsables” en Derecho penal internacional puede encontrarse en: WOLFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian/SIERRA PIÑEROS, Juan Pablo, “Los ‘máximos responsables’”, en: *Derecho Penal Contemporáneo - Revista internacional*, N.º 47 abr.-jun. 2014.

<sup>232</sup> Véase al respecto: KREB, *Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts...*, 1999, p. 4-10; WEIGEND, “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en: en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, p. 137. Este autor incluso cuestiona que no es claro en la regulación del ECPI, ni en el estado actual del desarrollo del Derecho penal internacional, de dónde surge el deber jurídico del superior jerárquico de evitar y/o sancionar los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados. Es decir, en su parecer no hay una construcción dogmática propia en la que se encuentre el fundamento de ese deber, como sí la habría en la dogmática penal alemana (pp. 128-129).

crímenes internacionales y delimitar el alcance de la responsabilidad de los intervinientes, en especial de los altos mandos o líderes. Las primeras condenas bajo este tipo de responsabilidad fueron proferidas por los tribunales penales militares internacionales de Núremberg y para el Extremo Oriente. En ellas, más allá de un estricto rigor jurídico, se aplicó una forma de responsabilidad objetiva que sería incompatible con los estándares de la actualidad. En estas condenas es difícil identificar una argumentación sólida sobre el fundamento de la responsabilidad de los superiores o jefes (más allá de su posición jerárquica y de que hacían parte del bando derrotado en la guerra), o sobre la vinculación subjetiva de dichos individuos con los hechos por los que fueron finalmente condenados.

Los Estatutos de la CPI, del TPIY y del TPIR contienen amplias disposiciones detalladas acerca del alcance de la responsabilidad del superior jerárquico, tanto por comisión como por omisión. Sin embargo, la interpretación de estos tribunales respecto de las distintas formas de intervención en los crímenes es variada. Así, mientras que el TPIY ha aplicado la autoría mediata a través de AOP en combinación con una construcción subjetiva de la coautoría basada en la Empresa Criminal Conjunta; la CPI ha utilizado la misma teoría en conjunto con una construcción de la coautoría basada en el dominio del hecho, similar al propuesto por WELZEL y desarrollado por ROXIN, a la cual se denominó como control conjunto del crimen <sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> Véase en: OLÁSULO, *The Criminal Responsibility...*, 2009, pp. 203 y ss.

Según la teoría de la empresa criminal conjunta, cualquier integrante de una organización –no necesariamente un jefe o superior jerárquico– puede ser hallado responsable por los crímenes cometidos por otros miembros de dicha estructura –la cual puede ser militar, política, administrativa o incluso de otra índole–, siempre y cuando dichos crímenes hagan parte del “plan común” y que ese interviniente haya participado a través de cualquier forma de asistencia, contribución o ejecución. El TPIY ha identificado tres formas o categorías de una empresa criminal conjunta. Llama la atención para lo que es objeto de análisis en este trabajo la tercera de ellas: la llamada forma extensiva o JCE III, en la que alguno de los autores materiales toma parte en actos que van más allá o que exceden del plan común, pero que siguen constituyendo una consecuencia natural y previsible, siendo necesario también que el interviniente haya estado en una posición en la que podía prever la comisión de dicho exceso y haya aceptado el riesgo de que se pudieran cometer esos crímenes. En este tipo de casos no está clara la diferencia entre esta forma de imputación y la responsabilidad de mando o por omisión, en tanto en cuando en ambas formas de responsabilidad se imputa al sujeto por su posición dentro de la estructura y por el carácter previsible de los delitos cometidos por otros integrantes de la misma, incluso sin su expreso consentimiento, siempre y cuando se desprenda del “designio criminal común”, como por ejemplo, cuando un grupo armado somete una población y algunos de sus miembros exceden el plan acordado o las instrucciones recibidas y abusan sexualmente de las mujeres del lugar.

Por otra parte, según la teoría del control conjunto del crimen (*Joint Control of the Crime*), expuesta por primera vez por la CPI en el caso *Lubanga*, el autor del crimen es aquél que domina la comisión del delito de tal forma que decide cuándo y de qué forma se va a llevar a cabo; sin embargo, debido a la división de las funciones esenciales, ninguno de los autores controla por sí mismo la ejecución, sino que entre todos comparten dicho control, por lo que dependen el uno del otro para llevar a cabo su cometido y cada uno tiene el poder de frustrar la realización de los elementos objetivos del crimen. En cuanto a la responsabilidad subjetiva, se requiere que el el sujeto y demás miembros de la hayan sido conscientes del riesgo de que implementar el acuerdo o plan común puede resultar en la realización de elementos objetivos del crimen, y que esos mismos sujetos hayan aceptado dicho resultado “al reconciliarse a sí mismos con él o al consentirlo”<sup>234</sup>. Tal consentimiento y aceptación es precisamente lo que justifica para la CPI que las contribuciones realizadas por otros se les puedan imputar a los coautores y que sean hallados responsables por el crimen en su totalidad, a título de coautores mediatos (*indirect coperpetration*). Además, el coautor debe estar al tanto de que su rol es esencial para la implementación del plan común y, por lo tanto, para la comisión del crimen; y puede frustrar la implementación del plan común y, por lo tanto, la comisión del crimen, dada la naturaleza esencial de su tarea.

Ambas tesis han sido utilizadas para imputar responsabilidad a los jefes o superiores de estructuras jerárquicas por los crímenes

---

<sup>234</sup> CPI, caso *Lubanga*, Sala previa al juicio, decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párr. 361.

cometidos por sus subordinados; sin embargo, difieren en relación con la importancia del aporte del superior. Para la CPI debe tratarse de una contribución “significativa o esencial”<sup>235</sup>; mientras que para el TPIY la participación del acusado puede presentarse a través de cualquier forma de “asistencia, contribución o ejecución” en el plan o propósito común<sup>236</sup>. Esto último ha sido fuertemente criticado de esta teoría, en tanto vulnera el principio de culpabilidad, principalmente tratándose de la tercera categoría de JCE, la cual solo requiere de una *previsibilidad* del hecho finalmente cometido para que pueda ser atribuido a los otros intervinientes –no necesariamente los superiores jerárquicos– que no participaron en su ejecución material. Sin embargo, tanto la teoría de la empresa criminal conjunta –del TPIY– como la del control conjunto del crimen –de la CPI– contienen un elemento común: el requerimiento del *conocimiento* del autor (*perpetrator*) acerca del *riesgo* de que posibles o probables delitos se puedan cometer gracias a sus acciones u omisiones, y aun así decida llevar a cabo su cometido, que puede estar o no relacionado con la comisión de tales crímenes.

Por otra parte, también los estatutos de la CPI, del TPIY, del TPIR y del TPESL prevén un modelo de responsabilidad por omisión que permite imputar al superior jerárquico o comandante por los crímenes que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su autoridad y control efectivo por no haber ejercido debidamente los deberes de control, protección o vigilancia. Este tipo de responsabilidad es

---

<sup>235</sup> Véase en: CPI. Caso *Lubanga*, Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007. Párr. 353.

<sup>236</sup> Véase en: TPYI. Caso *Tadic*. Fallo de la sala de apelaciones, sentencia de 15 de julio de 1999. Párr. 229.

*subsidiaria* a la ya vista en torno a los criterios mencionados de autoría y participación. El calificativo de “superior jerárquico” abarca no sólo a los líderes militares bajo cuyo mando se cometieron este tipo de conductas, sino a todos aquellos –incluso a los civiles– que tenían algún tipo de control y conocimiento sobre la comisión de tales crímenes.

Respecto de la naturaleza de la responsabilidad consagrada en el art. 28 del ECPI, comparto la posición de la mayoría de la doctrina en el sentido de que esta norma contiene elementos característicos tanto de una omisión impropia – en la medida en que contiene una extensión de la responsabilidad por el resultado típico cometido por otro sujeto, esto es por el crimen internacional que finalmente es cometido por los subordinados– como propia –en tanto recoge descripciones típicas por la no realización de determinadas conductas que por sí mismas podrían entenderse como crímenes independientes, especialmente cuando castiga las conductas realizadas por el superior con posterioridad a los crímenes cometidos por sus subordinados, esto *ex post facto*–.

Este mismo artículo extiende este tipo de responsabilidad, en el caso de los superiores militares o asimilados, hasta la negligencia; mientras que, en el caso de los superiores civiles, hasta la “ceguera intencional” (o *willful blindness*). Esta forma de imputación resulta de particular relevancia para los casos que aquí son objeto de estudio, esto es: escenarios de exceso (en los crímenes cometidos por el subordinado), en los que el hecho principal no puede ser endilgado al superior de conformidad a los criterios de autoría y



participación comisivos, sino que se debe recurrir a la responsabilidad por omisión como un tipo de responsabilidad completamente autónomo. Los elementos requeridos para que se tipifique esta forma de responsabilidad son: (i) la posición jerárquica del jefe o superior, (ii) la autoridad y control efectivos sobre los actos cometidos por sus subordinados, (iii) el grado de conocimiento del jefe o superior jerárquico y (iv), la no adopción de medidas necesarias y razonables a su disposición para prevenir, reprimir o denunciar los delitos cometidos por sus subordinados.

En este tipo de casos, si bien puede entenderse que hay una participación activa inicial al ordenar la comisión de algún tipo de práctica delictiva que deriva en la comisión de otros crímenes, el reproche que se le hace al superior es por su omisión al no ejercer debidamente el deber de control o, lo que es igual, la posición de garante que ocupaba. Sin embargo, por lo menos en cuanto a la responsabilidad de mando, lo que se puede observar en el Derecho penal internacional es que se ha visto influenciado en gran medida por instituciones jurídicas propias *common law*<sup>237</sup>, por lo que es poco recomendable aplicar de forma automática estos desarrollos jurídicos en los ordenamientos nacionales de tradición jurídica europea continental con influencia germánica, en los que puede reñir con garantías básicas del estado de derecho, como los principios de legalidad, culpabilidad y tipicidad. Por ello, y atendiendo al principio de complementariedad, resulta necesario

---

<sup>237</sup> Véase en: VOGEL, “Responsabilidad individual en derecho penal internacional. A la vez una aportación a los modelos de regulación de la intervención”, en: *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, p. 49.

desarrollar y fortalecer las categorías dogmáticas internas en lugar de aplicar a ojo cerrado los desarrollos jurídicos de tribunales e instrumentos internacionales.

## **TERCERA PARTE: PARADIGMAS DOGMÁTICOS PARA ABORDAR EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS Y PARA EL TRATAMIENTO DEL EXCESO EN LA COPARTICIPACIÓN CRIMINAL**

El problema de imputación que es objeto de la presente tesis doctoral –el alcance de la responsabilidad jerárquico de organizaciones delictivas por los delitos cometidos por sus subordinados– se enmarca en un problema jurídico más amplio: los límites de la responsabilidad penal cuando el ilícito es cometido gracias a las intervenciones de una pluralidad de individuos –casos de criminalidad colectiva–, sin que esté claro cuáles pueden considerarse determinantes del hecho típico y si pueden imputarse a todos ellos. Este problema se vuelve más complejo cuando se trata de organizaciones delictivas estructuradas jerárquicamente, específicamente en el caso de la imputación a los comandantes, jefes o superiores. En este tipo de casos no está claro hasta qué punto o límite se les puede atribuir los delitos cometidos por sus subordinados, en especial aquellos que no estaban abarcados en las órdenes impartidas o en el marco del acuerdo común a través del cual se integraron los miembros de la estructura.

En el ámbito del Derecho penal de tradición jurídica europeo-continental (sistema jurídico-penal de corte romano-germánico) las

respuestas al problema de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados han sido muy variadas. Como se podrá observar, salvo algunas excepciones como las propuestas de Jakobs o Robles Planas, el enfoque ha estado más acentuado en el problema de la calificación de la intervención que en el del fundamento de la responsabilidad, es decir, la mayoría de las propuestas parte directamente del injusto de autor, sin abordar previamente el problema de la competencia o del fundamento de la responsabilidad del superior. El propósito de esta parte será hacer referencia a los principales paradigmas dogmáticos que se han ofrecido para dar solución a este problema de responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados. Aquí también se explicarán las distintas propuestas dogmáticas para el tratamiento del exceso con base en las distintas formas de coparticipación criminal. Así mismo, se explicarán las críticas a dichas propuestas y se adoptará una postura frente al problema de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados.

## **1. La solución de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder**

La doctrina ha formulado diversas tesis para abordar el problema de la intervención del superior jerárquico de una organización estructurada que imparte una instrucción para la comisión de una conducta delictiva. La más conocida es la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad a través de AOP,

formulada por Claus Roxin primero en el trabajo intitulado como “*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*” (febrero de 1963), cuya tesis recogió en sus partes esenciales en su obra de habilitación: “*Täterschaft und Tatherrschaft*” (junio de 1963), que fue publicada bajo el mismo nombre. La idea central de Roxin es que en ciertos casos –como el que entonces se juzgaba en Jerusalén, el de Adolf Eichmann<sup>238</sup> o el que también en aquel momento decidía el BGHSt en relación con Bogdan Stashinsky<sup>239</sup>– en los que los intervinientes actúan en el marco de un aparato organizado de poder: “[t]al organización desarrolla una vida que es independiente de la estructura cambiante de sus miembros. Funciona automáticamente, sin que sea importante, por así decirlo, la persona individual del ejecutor”<sup>240</sup>.

En el proceso de Eichmann, su abogado, [Robert Servatius](#), había argumentado que “de haberse negado (Eichmann) a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los

---

<sup>238</sup> Karl Adolf Eichmann (1906-1962) fue un teniente coronel alemán responsable del transporte de judíos a campos de concentración nazis en el marco de la denominada “solución final”. El Mossad lo capturó en Argentina en 1960 y lo llevó a Jerusalén, en donde fue juzgado y ejecutado.

<sup>239</sup> Bogdan Nikolaevich Stashinsky fue un agente de la KGB, quien, por instrucciones impartidas desde la Unión Soviética asesinó a dos políticos exiliados, Lew Rebet (1957) y Stepan Bandera (1959). Sin embargo, el Tribunal de Justicia (*Landgericht*) lo condenó como cómplice, sentencia que fue confirmada por BGHSt, bajo el entendido de que autor es únicamente quien “quiere que el acto sea suyo”. Argumentó en este sentido que Stashinsky quería que sus actos fueran extraños, es decir, como actos del jefe de la KGB y en lugar de “autor doloso” él solo tenía “voluntad de ayudar”; es decir, no tenía “animus” de autor, recogiendo de esta forma un criterio subjetivo para distinguir autoría y participación que ya había sido expuesto en el “caso de la bañera”. Véase en: ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 127, nota al pie 52.

<sup>240</sup> ROXIN, “*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*”, en *GA*, 1963, p. 200.

judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataran a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor”<sup>241</sup>. Ante ello, señaló Roxin que en dichas palabras “quedan expresadas perfectamente las circunstancias que fundamentan el dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann. Efectivamente, es la estructura de la maquinaria, que sigue funcionando con independencia de la pérdida del individuo, lo que hace que se destaque al comportamiento de los sujetos de detrás con respecto a la inducción, entrañando la autoría”<sup>242</sup>. En esa medida, el hombre de detrás o autor de escritorio debe responder penalmente como un autor mediato (*mittelbaren Täter*) por los delitos cometidos por sus subordinados, pues pone en marcha un instrumento, que, según Roxin, no es la persona bajo su mando, sino el propio aparato organizado de poder puesto a su disposición, como si se tratara de “una maquinaria”<sup>243</sup>.

Con ello, Roxin reformuló la autoría mediata, que hasta dicho momento se restringía a la utilización de un instrumento coaccionado, en error o inimputable, es decir, irresponsables penalmente. Para él, esta forma de intervención delictiva también determinados casos de instrumentos penalmente responsables. Su

---

<sup>241</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 273.

<sup>242</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. 2000, p. 273.

<sup>243</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2000, p. 270.

pretensión fue cubrir un vacío, a saber, la imputación a los superiores o mandos medios de estructuras organizadas de poder de los crímenes ejecutados por los subordinados. Si bien hasta ese momento era posible construir su responsabilidad como inductores, ello tenía dos inconvenientes: primero, hacía depender el castigo del superior de la constatación del hecho principal y, segundo, sobre todo, el castigo del superior como mero partícipe no se percibía como como una calificación que describiera adecuadamente la importancia de su contribución al hecho. Para resolver estos problemas, Roxin replanteó la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder, sosteniendo que en los superiores concurren los elementos de autoría. En efecto, aquellos no tienen un dominio del hecho en el sentido tradicional del criterio de Roxin, pero sí un “dominio de organización” sobre el aparato de poder a su disposición, dominio que les permite cometer delitos sin necesidad de ejecutarlos de propia mano, con la seguridad de que el resultado esperado se producirá.<sup>244</sup>

## **1.1. Fundamentos estructurales**

En su planteamiento inicial, Roxin consideraba esenciales a la autoría mediata a través de AOP tres elementos, a saber, (i) la estructura organizada jerárquicamente con vida independiente, (ii) la fungibilidad del ejecutor y (iii) la limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad. Es más, él mismo mencionó la inconveniencia de “formular un concepto de

---

<sup>244</sup> ROXIN, *El dominio de organización...*, 2006, p. 15.

autor delimitado firmemente mediante la indicación exhaustiva de sus elementos siempre irrenunciables, del que pudiera derivarse por deducción lógica la solución de estos casos”<sup>245</sup>. Posteriormente, Roxin reconoció la necesidad de añadir uno nuevo: (iv) la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor<sup>246</sup>.

### **a) Existencia de una organización jerarquizada con vida independiente**

Señala Roxin que la organización debe funcionar automáticamente, sin que importe quién es finalmente el autor. De esta forma, si el superior emite una orden, puede confiar en que se cumplirá, sin necesidad de conocer al ejecutor o de recurrir a medios coactivos o engañosos<sup>247</sup>. Para él, en esta forma de intervención, a diferencia de la inducción, existe una “autoridad superior competente” que domina la realización del resultado de manera distinta a un inductor común, dominio con el que no cuentan los “meros instigadores en los casos de criminalidad común”<sup>248</sup>. Para que ello funcione de esta forma, señala Roxin que la organización debe estar estructurada de forma vertical, de tal forma que sea visible la presencia de un superior con poder de mando<sup>249</sup>.

Puede tratarse tanto de una organización estatal o de una banda criminal, aunque en estas últimas es necesario identificar una estructura rígida, independiente del cambio de los individuos que la

---

<sup>245</sup> ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2000, p. 279.

<sup>246</sup> ROXIN, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. 2006, p. 19.

<sup>247</sup> ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2000, p. 272.

<sup>248</sup> ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2000, p. 272.

<sup>249</sup> ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2000, p. 272.



integran, con una orientación clara hacia fines contrarios a los del ordenamiento jurídico. De esta forma, este tipo de organizaciones se distinguirían de organizaciones delictivas comunes, en la medida en que se trataría de organizaciones verticales y no horizontales, con una clara jerarquización de los miembros que la componen<sup>250</sup>.

Es importante mencionar que para cierta parte de la doctrina únicamente pueden considerarse autores mediatos quienes pertenecen a la cúpula de la estructura organizada de poder, pero no aquellos considerados como “los eslabones” que, pese a tener cierto dominio dentro su ámbito en la organización, no pueden considerarse jefes máximos de la misma. En esta categoría se encontrarían los mandos medios de este tipo de estructuras, quienes, si bien no tienen un dominio completo sobre todas las actuaciones de la estructura organizada de poder, sí controlan su propio ámbito de competencia, en la medida en que son los encargados de comunicar y hacer cumplir las instrucciones impartidas por la cúpula y, en algunos casos, emiten sus propias órdenes a los finales ejecutores. En este sentido, Roxin se remite al ejemplo utilizado por él desde un inicio, el caso de Eichmann, para explicar que los comandantes de los campos de concentración nazi eran autores mediatos, en tanto en cuanto ellos mismos ordenaban los asesinatos, aunque ellos mismos actuaban por indicación de sus superiores. Por tanto, señala, puede haber “varios autores mediatos en cadena”<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría*, 2007, p. 320.

<sup>251</sup> ROXIN, *El dominio de organización...*, 2006, p. 16.

## **b) Fungibilidad del ejecutor**

Roxin entiende que la fungibilidad del ejecutor es un factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en las estructuras organizadas de poder, en la medida en que la posibilidad de intercambiar al ejecutor permite al aparato cumplir su objetivo, independientemente de que dicho ejecutor obedezca o no las órdenes impartidas. Esa fungibilidad existe por la disponibilidad de muchos posibles autores materiales. Es, por consiguiente, “el elemento que genera la seguridad en la operación del aparato y garantiza al superior que su instrucción será cumplida, por uno u otro, lo que en últimas resulta indiferente”<sup>252</sup>. Ahora bien, pese a la intrascendencia de la identidad y voluntad del ejecutor, este es responsable penalmente “como autor culpable y de propia mano”<sup>253</sup>, alejándose así de las otras formas de autoría mediata, pues, a diferencia de estas, en los AOP el ejecutor directo no pierde la libertad de cumplir las órdenes impartidas por sus superiores, pese a que su negativa poco importe al tratarse de una persona “anónima y sustituible”.<sup>254</sup>

## **c) Desvinculación del derecho**

La actuación al margen de la legalidad es uno de los elementos que genera mayor controversia en la aplicación de esta teoría, especialmente cuando se trata de AOP estatales. Este es precisamente uno de los problemas jurídicos que planteó la defensa

---

<sup>252</sup> CADAVID LONDOÑO, *Coautoría en aparatos organizados de poder...*, 2013, p. 186.

<sup>253</sup> ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2000, p. 273.

<sup>254</sup> ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2000, p. 273.

de Eichmann, que el ejecutor final y los mandos medios simplemente cumplen las órdenes que han sido impartidas por sus superiores en el marco de sus competencias atribuidas por el propio ordenamiento jurídico, motivo por el cual sus actuaciones no podría ser objeto de reproche penal.

En un principio señaló Roxin que la marginación de la legalidad debía ser característica del aparato en su conjunto y no únicamente de una de sus unidades. En este último caso, no se trataría de una autoría mediata sino de una inducción, por cuanto no se estaría en presencia de una acción de la maquinaria de poder sino de una iniciativa particular y, por ello, no se estaría actuando *con* el aparato sino *contra* él<sup>255</sup>. Sin embargo, posteriormente el mismo Roxin modificaría esta posición, señalando que basta que concurra un alejamiento de la legalidad en relación con los tipos penales realizados por la estructura organizada<sup>256</sup>. Así: “el aparato no tiene que existir completamente al margen del Derecho, sino que bastará que se aparte del ordenamiento jurídico en relación con las conductas delictivas que se cometen en su ámbito; según ello, tratándose de aparatos de índole estatal este alejamiento será de carácter parcial”.<sup>257</sup> Este cambio de postura se explica en la medida en que es muy complicado demostrar la marginación completa de un aparato organizado de poder en lugar de las actuaciones específicas de los individuos que lo componen; es más, un juicio de

---

<sup>255</sup> ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 2000, p. 277.

<sup>256</sup> ROXIN, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, p. 16.

<sup>257</sup> CADAVID LONDOÑO, *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delictual*, 2013, p. 179.

esa naturaleza escaparía de las competencias del propio Derecho penal de acto, en el que se juzguen los actos del propio sujeto, esto es en estricto respeto del principio de auto-responsabilidad.

#### **d) La elevada disposición a cometer el hecho.**

Como se mencionó anteriormente, este elemento fue añadido por Roxin con posterioridad a la formulación inicial de la teoría, señalando que el ejecutor final en un aparato organizado de poder se encuentra en circunstancias diferentes a las de un autor individual, puesto que aquel “se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, ‘más preparado para el hecho’ que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás”.<sup>258</sup> Entre dichas circunstancias Roxin señala: la integración grupal que permite la realización irreflexiva de ciertas acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo aislado; un empeño excesivo en la prestación del servicio, bien sea por arribismo, afán de notoriedad, ofuscación ideológica o a causa de impulsos criminales sádicos; el convencimiento de que si no ejecuta la orden cualquier otro lo hará; el temor a que en caso de no cumplir la orden pierda el puesto o a que lo menosprecien sus colegas; y la seguridad de la impunidad de sus conductas dado que son el cumplimiento de

---

<sup>258</sup> ROXIN, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, p. 20.

órdenes superiores.<sup>259</sup> Al igual que el elemento de la fungibilidad del ejecutor, este elemento también está orientado al hecho de que, para que se configure un aparato organizado de poder a los que hace referencia Roxin, se debe tratar de una estructura con tal nivel de organización que, cuando desde la cúpula se imparte una orden se cuenta con la seguridad de que será cumplida, independientemente de quien la ejecute, en tanto en cuanto se trata de una especie de maquinaria con distintos engranajes que la habilitan cumplir eficientemente las tareas se le impartan.

## **1.2. Críticas**

### **a) La responsabilidad del instrumento como impedimento para apreciar la autoría mediata**

Contra esta teoría se han formulado a diversas críticas. La principal de ellas reza que su planteamiento colisiona con el principio de la autoría mediata según el cual no puede haber un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable. Si el ejecutor final posee el dominio del hecho y es plenamente responsable por su conducta, resulta impensable atribuir simultáneamente al hombre de detrás el dominio del hecho<sup>260</sup>. En este sentido, se reprocha la doble calificación que se le asigna al ejecutor material, señalando que: “por una parte, se afirma su capacidad de tomar una decisión libre y responsable; y, por otra, en lo que afecta al hombre de detrás, acaba

---

<sup>259</sup> ROXIN, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, p. 20.

<sup>260</sup> Véase en: Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, p. 368; LÓPEZ DÍAZ/FORER, *La concurrencia de personas en el delito...*, 2005, p. 10; OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 230 y ss.

negándose dicha capacidad”<sup>261</sup>. Es decir, “no es cierto que el ejecutor actúe de manera automática pues, en verdad, lo que sucede es que este se deja corromper por la orden que sabe ilícita, lo que, paradójicamente, significa que es autor responsable”<sup>262</sup>.

Roxin ha defendido su teoría de esta crítica señalando que esta última incurre en tres errores. El primero de ellos consiste en entender que el instrumento que posibilita al hombre de detrás la ejecución de sus órdenes es el ejecutor final, cuando realmente aquí es el aparato organizado de poder. El segundo error consiste en pretender concebir el dominio del hecho en los mismos términos en el ejecutor y en el hombre de detrás, cuando en realidad se trata de distintas formas de dominio. La una (el dominio del ejecutor) consiste en un “dominio de acción”, mientras que la otra (dominio del hombre de detrás) es un “dominio de organización”<sup>263</sup>. El tercer error consistiría en que la autoría mediata a través de AOP no se deriva de “cualesquiera déficits” del instrumento, como sucede en los casos de coacción y error, sino que se fundamenta positivamente a partir de la posición del autor en todo el suceso, quien tiene a su disposición el funcionamiento del aparato; este último le permite contar con la seguridad de la producción del resultado querido,

---

<sup>261</sup> BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, p. 340.

<sup>262</sup> LÓPEZ DÍAZ y FORER, *La concurrencia de personas en el delito...*, 2005, p. 11.

<sup>263</sup> Para ROXIN únicamente hay lugar a la responsabilidad a título de autor cuando se puede considerar que la persona tiene el dominio del hecho (a diferencia del partícipe, que es una mera figura accesoria), el cual puede ostentarse a través de tres figuras: el dominio de la acción (autoría material), el dominio de la voluntad (la autoría mediata) y el dominio funcional (la coautoría). De hecho, ambas palabras (autoría y dominio del hecho) son muy similares en alemán (*Täterschaft und Tatherrschaft*) y así se intitula su libro, cuya primera edición data de 1963.

incluso con mayor probabilidad que en el caso de la coacción y el error<sup>264</sup>.

## **b) Críticas a la teoría del dominio del hecho**

Algunos autores dirigen su crítica a la doctrina del dominio del hecho que subyace a la autoría mediata mediante AOP. Así, GIMBERNAT ha afirmado que la teoría del dominio del hecho no ha sido definida de manera concreta y que los resultados a los que esta conduce no se derivan de sus fundamentos sino de una aplicación casi intuitiva de la teoría, con lo cual no hay seguridad jurídica y no es posible determinar las razones que de antemano llevarán a distinguir la intervención de alguien como autor o partícipe del hecho punible. En su opinión, está claro que únicamente se puede considerar autor a quien realiza el tipo penal, esto es, a quien mata, hurta o viola. Los otros sujetos que ayudan o favorecen dicha realización del tipo son partícipes<sup>265</sup>. En un sentido similar se encuentra Herzberg, quien también critica el punto de partida naturalista del dominio del hecho y, por esa vía, la tesis del dominio de la organización, cuyos criterios de la desvinculación del derecho y de la fungibilidad son inconvincentes. Según este autor, la

---

<sup>264</sup> ROXIN, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, 2006, pp. 14-15.

<sup>265</sup> Explica GIMBERNAT que en el ámbito de la dogmática penal española de finales de los años sesenta no tuvo mayor incidencia la autoría mediata como un problema central de la teoría de la autoría y de la participación, en tanto en cuanto muy pocos casos se daban en la práctica que llegaran al conocimiento de los tribunales. Además, menciona que, a diferencia de StGB, el Código Penal español contemplaba recursos que cubrían “lagunas indeseables de impunidad”, como la posibilidad de “forzar a otro” como una forma de inducción o la institución de la “cooperación necesaria” como una forma de participación distinta a la complicidad. Véase en: GIMBERNAT ORDEIG, *A vueltas con la imputación objetiva...*, 2014, pp. 108-111.

aplicación práctica de esta tesis termina dependiendo en buena medida de la discrecionalidad del intérprete, por lo que resulta arbitraria y “científicamente inutilizable”<sup>266</sup>.

Tal vez el principal crítico de ROXIN sea Jakobs, para quien la tesis de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad está sustentada en una visión equivocada del injusto de corte naturalista. Según este autor, el fundamento de la atribución de responsabilidad del interviniente es la vulneración de las expectativas sociales que se dirigen al individuo. Así, al Derecho penal no le interesa si el sujeto interviene o no en la fase ejecutiva del delito, sino si ha infringido los deberes de su posición de garante. Por tanto, en este tipo de casos es posible la imputación del delito al dirigente o superior a título de coautoría, independientemente de si ha realizado actos en fase ejecutiva o no, pues lo importante es el significado de su contribución al hecho delictivo, que también puede efectuarse en una fase preparatoria. Para JAKOBS, la tesis de la autoría mediata en virtud de AOP es superflua y perjudicial. Superflua, porque “la teoría subjetiva (de autor) no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias *después* del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte”<sup>267</sup>, y perjudicial, en tanto, en su criterio, dicha calificación “encubre la vinculación organizativa de

---

<sup>266</sup> HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung informalen Organisationen*, 2020, p. 59.

<sup>267</sup> JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 1997, p. 784.



todos los intervinientes”<sup>268</sup>. Según esta posición, el principal defecto en la construcción teórica de la autoría mediata a través de AOP es que descarta la coautoría como forma de responsabilidad penal de todos los intervinientes en este tipo de crímenes mancomunados, pues, basada en la teoría del dominio del funcional del hecho y en un concepto restrictivo de autor, considera la aportación en la fase ejecutiva como un requisito indispensable de esta forma de intervención delictiva.

### **c) Críticas al elemento de la fungibilidad**

Otros autores han dirigido su crítica al elemento de la “fungibilidad”. Este es el caso de Renzikowski, quien señala que la importancia de este elemento es menor de lo que sus defensores suponen, pues se pasa por alto que no siempre hay sustitutos disponibles para ejecutar la orden en caso de que el inferior jerárquico se niegue a hacerlo. Además, tal y como se dijo anteriormente, este criterio también descuida que depende del subordinado si este ejecuta la orden y, en su caso, cómo hacerlo<sup>269</sup>. Por otro lado, en caso de que haya disponibilidad de varios individuos para ejecutar la orden impartida por un superior jerárquico, ello no significa que quien efectivamente la cumpla no haya tomado una decisión y, por tanto, sea un ser libre y no un mero instrumento.

---

<sup>268</sup> JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 1997, p. 784.

<sup>269</sup> “El individuo nunca se puede considerar conjuntamente del todo con cualquier institución colectiva coactiva, pues el individuo está en condiciones de enfrentarse a la moral colectiva con su moralidad individual y de decidir en otro sentido”. RENZIKOWSKI, “Verantwortlichkeit in Hierarchien“, en: *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Matthias Kaufmann y Joachim Renzikowski (Coord.), 2004, pp. 153-154.

Sin embargo, Roxin defiende su tesis señalando que el instrumento no es el hombre de delante sino el aparato organizado de poder a su disposición. Pese a dicha salvedad, persiste una crítica en relación con el dominio del hombre de detrás, en la medida en que no es posible hablar de un dominio similar al que tiene quien utiliza un arma o a un inimputable como instrumentos para cometer un delito. Para hablar de una autoría mediata se sigue exigiendo que el autor domine el instrumento en términos semejantes a una “cosa” que utiliza para cometer un delito. Por tanto, para que la organización fuera una “máquina” equivalente al instrumento de un delito, sería necesario que fuera tan perfecta que haya fungibilidad garantizada. El problema en los AOP es que no hay garantía de que funcionen así, precisamente porque las “piezas” que lo componen son libres, no son programables como otras cosas. Casos como los planteados en este trabajo (excesos de los subordinados) evidencian que las organizaciones no funcionan como una máquina, precisamente porque quienes las integran son individuos con autodeterminación que puede decidir apartarse de las instrucciones recibidas.

### **1.3. Consecuencias de la tesis de la autoría mediata para casos de exceso**

En casos de exceso del copartícipe la doctrina es casi unánime en rechazar de plano la posibilidad de la responsabilidad del copartícipe a título de autor mediato por los excesos cometidos por el instrumento, precisamente porque el exceso es una prueba de que el hombre de detrás no cuenta con el dominio (ni del hecho, ni de la voluntad, ni funcional, ni de la organización), al punto que él mismo

ha decidido (como un ser libre y auto-responsable) cometer un delito que se aparta de las instrucciones recibidas (otra cuestión es si dicho delito favorece, perjudica o le es indiferente al hombre de detrás).

Es poco lo dicho por la doctrina sobre el “exceso” del instrumento en la autoría mediata, precisamente por la forma en la que tradicionalmente se ha entendido esta forma de intervención delictiva, esto es, eventos en los cuales hay un “ataque directo y mediato al bien jurídico realizado a través de la decisión no autónoma de otra persona”<sup>270</sup>. Así, el instrumento generalmente se mantiene dentro del dominio de la voluntad del hombre de detrás y raramente adopta actuaciones *motu proprio* que sobrepasen esos límites de subordinación.<sup>271</sup>

No obstante, de lo que se ha dicho al respecto se puede delinear una inclinación mayoritaria hacia la impunidad del hombre de detrás por el exceso en los delitos cometidos por el instrumento, precisamente porque ello comprobaría que el primero no cuenta con el dominio del hecho. Así lo manifiesta Jescheck, para quien “el autor mediato no responde por las acciones punibles que el instrumento realice más allá del plan del hecho, sea por iniciativa propia, sea por equivocarse respecto a lo pretendido por el ‘hombre de detrás’ (exceso), pues esa parte del suceso escapa a su dominio del hecho”.<sup>272</sup> Así también lo reconoce el mismo Roxin, al manifestar que el exceso del instrumento no puede imputarse al hombre de

---

<sup>270</sup> BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata...*, 2000, p. 169.

<sup>271</sup> VEGA, *El exceso en la participación criminal*, 2003, p. 300.

<sup>272</sup> JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 1993, p. 612.

detrás, no solo porque no cuenta con el dominio del hecho, sino también porque carece de dolo. Lo mismo ocurre, según el, en los casos de *error in objeto* o *aberratio ictus*, los cuales, según su criterio, solo podrían castigarse como una tentativa y como una imprudencia<sup>273</sup>.

Otros autores consideran que incluso en la autoría mediata es viable la imputación de un exceso al hombre de detrás. En este sentido se encuentra Vega, para quien: “si (el autor mediato) previó o asintió como posibilidad alternativa la comisión de un hecho distinto o más grave por parte de éste (el instrumento) y continuó dominando su voluntad, deberá responder por el resultado total a título de dolo alternativo; si previó y asintió la posibilidad de que ocurriera el resultado distinto o más grave deberá hacerlo a título de dolo eventual. Por último, si solamente violó un deber de cuidado al no prever el resultado más gravoso cuando debió hacerlo o, previéndolo, pensó que no ocurriría o creyó poder evitarlo, responderá a título de culpa”<sup>274</sup>.

En mi opinión, si se presenta un exceso por parte del instrumento ya no se podría hablar de un escenario de autoría mediata sino de otra cosa diferente, esto es, el exceso y la autoría mediata son incompatibles. Esto en la medida en que, si el instrumento se excede en la comisión del crimen ello implica que el autor mediato u hombre de detrás no cuenta con el dominio del hecho o, si se prefiere, con el dominio de la voluntad (*die Willensherrschaft*). Por

---

<sup>273</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo II*, 2014, p. 139.

<sup>274</sup> VEGA, *El exceso en la participación criminal*, 2003, p. 301.

tanto, ya no estamos en un escenario de autoría mediata sino de una inducción a cometer el delito en la que sí existe un amplio desarrollo dogmático, sobre el que se hablará más adelante.

## **2. La solución del superior jerárquico como coautor**

### **2.1. Fundamentos**

En esta solución se pueden identificar dos grupos de autores: aquellos que tratan el problema de la responsabilidad del superior jerárquico directamente como una cuestión de autoría y participación, y aquellos que primero se plantean el ámbito de competencia del sujeto y luego abordan el problema de la calificación de su intervención. Entre los primeros se puede encontrar a MUÑOZ CONDE, quien señala que la figura de la coautoría responde de forma más realista que otras formas de autoría y participación para aquellos eventos en los que el superior jerárquico no está presente en la ejecución del delito, pero controla y decide su realización<sup>275</sup>. Según este autor, el requisito de intervención en fase ejecutiva propio de la coautoría “no es más que la consecuencia de una teoría objetivo-formal”<sup>276</sup>, la cual, en su

---

<sup>275</sup> Véase en: MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Revista Penal*, n.º 9, 2002, p. 66. ÉL MISMO: “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, p. 155.

<sup>276</sup> MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Revista Penal*, n.º 9, 2002, p. 66.

criterio, resulta insuficiente para explicar el concepto mismo de la autoría. Por ello, considera que dentro de la coautoría pueden distinguirse distintas clases de realización conjunta del delito, incluso una en la que la intervención del delito no sea en fase ejecutiva<sup>277</sup>. En orientación similar se encuentra GALÁN MUÑOZ, quien argumenta que en este tipo de estructuras hay una distribución de papeles entre ejecutante y superior, por lo que ambos tendrían un dominio funcional del resultado delictivo, en tanto, dicho hecho delictivo es dominado tanto por quien emite la orden como por quien lo ejecuta materialmente<sup>278</sup>.

Entre los autores que parten primero de la delimitación del ámbito de competencia del sujeto, para luego resolver el problema de la autoría y participación, destaca JAKOBS, LESCH y, con ciertas particularidades, ROBLES PLANAS. Ellos entienden que el hecho delictivo que finalmente es cometido no puede interpretarse de forma aislada, como una simple ejecución, sino que se debe interpretar de forma normativa, como una realización conjunta en la que se deben valorar la intervención de distintos individuos, no solo de quienes desde el punto de vista naturalista cometen el delito, sino desde un plano normativo, en el que autor no solo es quien tiene el dominio del hecho, sino todos aquellos a quienes, a partir de sus competencias y de su incidencia en la creación y realización del

---

<sup>277</sup> MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Revista Penal*, n.º 9, 2002, pp. 66-67.

<sup>278</sup> GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma”, en *Revista Penal*, N.º 16, 2005, p. 78.

riesgo se les puede atribuir el hecho delictivo como propio, independientemente de que hayan o no participado en su ejecución.

En esa medida, para Jakobs “sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas”<sup>279</sup>. Así pues, este autor desvincula la autoría de la idea de realización de actos ejecutivos, así como de la idea del dominio del hecho. Con ello, puede apreciar sin problemas una coautoría entre el superior y el subordinado que ejecuta el hecho. En un sentido similar se encuentra LESCH, para quien en la coautoría no existe una “figura central” ni varios hechos de cada uno de los coautores, sino un único hecho que se imputa a todos los intervinientes en conjunto. De esta forma, todos los coautores son sujetos de la realización típica, de forma colectiva. Por tanto, la identificación de la autoría con la simple ejecución del tipo es un error, así como también lo es el concepto restrictivo de autor. Por el contrario, para este autor, el jefe de una organización delictiva debe responder como coautor precisamente porque no domina la ejecución inmediata<sup>280</sup>.

En sentido similar, aunque con ciertas particularidades, se encuentra la posición de ROBLES PLANAS, para quien la intervención en fase ejecutiva es un concepto normativo que significa “comienzo de injerencia en una esfera jurídicamente garantizada”<sup>281</sup>. Para este autor el paso de la fase preparatoria a la ejecutiva del delito puede

---

<sup>279</sup> JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 1997, p. 784.

<sup>280</sup> LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1997, pp. 49-61.

<sup>281</sup> ROBLES PLANAS, “La autoría no ejecutiva”, en *InDret*, Barcelona, 2012, p. 1.

no decidirla el autor, sino un tercero, quien puede obrar tanto de forma típica –siendo un coautor o partícipe–, como de forma atípica –bajo el riesgo permitido, de forma neutral, o en error–. Por tanto, cuando hay pluralidad de intervinientes, la ejecución es un concepto que los vincula a todos, incluso si hay un espacio temporal entre la intervención del superior jerárquico y el propio acto en el que se pone de manifiesto la infracción de la norma; es decir, “la creación desaprobada de un riesgo puede llevarse a cabo mediante acciones naturalísticamente alejadas de la ejecución del delito... que signifiquen que la ejecución del hecho, desde el punto de vista normativo, incumba al creador del riesgo, esto es, sea en realidad *su* ejecución”<sup>282</sup>.

## 2.2. Críticas a la solución de la coautoría

La posibilidad de fundamentar una coautoría sin ejecución ha sido objeto de críticas, principalmente referidas a que dicha participación en la fase ejecutiva del delito es uno de los elementos que esenciales de la coautoría, sin el cual sencillamente no se podría estructurar esta forma de intervención<sup>283</sup>. Así mismo, se ha criticado que también faltaría el elemento del “mutuo acuerdo”, por cuanto los AOP se estructuran de forma vertical y no horizontal, lo que se traduce en que los mandatos impartidos por el superior no son objeto de negociación o discusión, sencillamente porque se trata de órdenes. De hecho, por esa razón Roxin rechaza la posibilidad de ver al superior de la organización como coautor, pues según él “una

---

<sup>282</sup> ROBLES PLANAS, “*La autoría no ejecutiva*”, en *InDret*, Barcelona, 2012, p. 2.

<sup>283</sup> Véase al respecto: GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en derecho penal*. 2006.



instrucción y su observancia no son una determinación común para la comisión del hecho”<sup>284</sup>. Igualmente, se ña criticado que también faltaría el elemento de la “relevancia de la aportación” (en referencia a la intervención del hombre de delante), pues, si bien es cierto que dichas órdenes pueden ser obedecidas o no por el ejecutor (aunque generalmente son cumplidas), su no acatamiento no afectará al funcionamiento del aparato, dado que el hombre de detrás puede tener la seguridad de que sus órdenes serán ejecutadas de una u otra forma, independientemente de la identidad del autor material.

### **2.3. Consecuencias de la tesis de la coautoría para casos de exceso**

La doctrina sobre la coautoría indica que el requisito del acuerdo común se constituye como un límite a la hora establecer la responsabilidad de los coautores, pues únicamente cuando los coautores actúen dentro de dicho acuerdo es que se les puede imputar de forma recíproca las aportaciones de los otros, por lo que el exceso en esta figura representa una ruptura de la imputación.<sup>285</sup> Se pueden considerar aquí como exceso todas aquellas aportaciones que no estén cobijadas dentro del acuerdo común o, tal y como TS lo denomina, cuando existe una “notoria discrepancia entre el propósito previo o simultáneo y la actuación concreta exteriorizada”<sup>286</sup>. El TS también distingue entre los supuestos de

---

<sup>284</sup> ROXIN, *El dominio de organización...*, 2006, p. 13.

<sup>285</sup> Véase en: GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, p. 263.

<sup>286</sup> STS de 16 de enero de 1985 - RJ 1985, 313.

exceso en los fines y los de exceso en los medios o modos de ejecución, facilitando así la identificación del marco de imputación, pues generalmente sólo los primeros estarían por fuera del acuerdo común y serían una extralimitación de lo pactado. El exceso, según esta posición, debe suponer un cambio o salto, cuantitativo o cualitativo, que haga variar la calificación jurídico-penal del hecho típico objeto del inicial proyecto de actuación conjunta<sup>287</sup>. Sin embargo, no es un tema sencillo establecer el contenido del acuerdo común cuando se trata de *acuerdos tácitos*, frente a lo cual Sánchez Ostiz Gutiérrez propone tener en cuenta el *concreto contexto comunicativo* en el que se encuentran los intervinientes.<sup>288</sup>

Incluso en los acuerdos definidos de forma expresa puede –antes o durante la comisión del delito– variar la forma de ejecución o el objeto de afectación, frente a lo cual Gutiérrez Rodríguez indica que no es suficiente que los coautores aprueben internamente o se solidaricen con quien se extralimite, sino que es necesario además que dicha actuación excesiva sea conocida por el coautor.<sup>289</sup> Esta misma autora señala que en los casos de exceso únicamente se puede imputar este último al coautor que se excedió, pues dicha contribución no ha sido abarcada por el “dolo común” en que consiste el acuerdo en los supuestos de comisión conjunta dolosa, aunque acepta que, cuando los demás aceptan *eventualmente* o *pueden prever* –objetiva y subjetivamente– el exceso, es posible que

---

<sup>287</sup> STS de 27 de junio de 1979 - RJ 1979, 2786.

<sup>288</sup> SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, “Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría, Comentario a la STS 11-V-1994 (Ponente: Sr. Hernandez Hernández)”, en *AP*, núm. 3, enero 1997, p. 48.

<sup>289</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, p. 265.

respondan a título doloso o imprudente, respectivamente; aunque para ella no se trataría en este caso de una responsabilidad a título de coautoría, porque: “Por mucho que exista dolo eventual o previsibilidad sobre lo acontecido, si el exceso supone la realización de un nuevo tipo delictivo por parte del sujeto que se excedió, no va a poder afirmarse la existencia de una realización conjunta respecto del mismo, que deberá ser, por tanto, considerado como obra única del sujeto actuante”<sup>290</sup>. De otra forma, para esta autora, se estaría fundamentando la coautoría exclusivamente en la existencia del elemento subjetivo, en tanto la mera afirmación de que no hay un exceso porque el mismo pudo y debió haberse previsto por los demás coautores en el acuerdo común no es suficiente para afirmar automáticamente la existencia de una realización delictiva conjunta, en tanto “esta sólo se podrá afirmar cuando, además, la actuación anterior de los coautores forme junto con la del coautor que se excede una unidad delictiva. Con otras palabras: la imputación no debe limitarse exclusivamente a la vertiente subjetiva, sino también deben estar presentes los requisitos de la imputación objetiva sin que nos debamos conformar con la mera existencia de la previsibilidad”.<sup>291</sup>

En conclusión, el requisito del acuerdo común se constituye como un límite para la imputación a los coautores. Por ello, si se parte de la calificación de la intervención del superior jerárquico como coautor, no se le podrían atribuir los delitos que no hayan sido comprendidos en dicho acuerdo común, es decir los excesos. Si bien

---

<sup>290</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, p. 269.

<sup>291</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, p. 269.

el TS explica que en sentido estricto los excesos en medios o modos de ejecución regularmente no estarían por fuera del acuerdo común –no así lo excesos en los fines, que sí serían una extralimitación de lo pactado–, no es sencillo establecer el contenido del acuerdo común cuando se trata de acuerdos tácitos, o incluso cuando los acuerdos explícitos son objeto de modificaciones. Una solución a ello es la propuesta de Sánchez Ostiz Gutiérrez, acudir al concreto contexto comunicativo en el que se encuentran los intervinientes, a partir del cual se debería establecer que el superior jerárquico tenía conocimiento sobre las actuaciones de sus subordinados<sup>292</sup>. Sin embargo, incluso si ello se logra demostrar, sigue siendo difícil sostener la calificación del superior jerárquico a título de coautor, pues, en palabras que compartimos de Gutiérrez Rodríguez: “por mucho que exista dolo eventual o previsibilidad sobre lo acontecido, si el exceso supone la realización de un nuevo tipo delictivo por parte del sujeto que se excedió, no va a poder afirmarse la existencia de una realización conjunta respecto del mismo, que deberá ser, por tanto, considerado como obra única del sujeto actuante”<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> Véase en: SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, “Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría, Comentario a la STS 11-V-1994 (Ponente: Sr. Hernandez Hernández)”, en *AP*, núm. 3, enero 1997, p. 48.

<sup>293</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, p. 269.

## **3. La solución del superior jerárquico como inductor**

### **3.1. Fundamentos**

Para un sector de la doctrina la inducción es la respuesta dogmática adecuada para imputar al superior jerárquico los delitos cometidos por sus subordinados. Esto en la medida en que resuelve los problemas propios de la solución de la coautoría: así, por una parte, la inducción no requiere común acuerdo (un elemento que no se puede constatar en el caso de los superiores que dan órdenes), sino la provocación de una resolución criminal; por otra, la relevancia de la aportación del ejecutor se tiene en cuenta, en la medida en que responde como autor, mientras que “el hombre de detrás” es un simple partícipe.

Entre los principales defensores de esta tesis se encuentran Rotsch, quien señala que el deseo de calificar al superior como autor proviene más desde un punto de vista político criminal que desde una convincente justificación dogmática, en tanto dicha argumentación deja de lado el principio de culpabilidad y su función limitadora. Según este autor, es perfectamente posible utilizar la inducción en cadena para calificar la intervención del superior jerárquico, siendo el temor por un supuesto vacío de punibilidad totalmente infundado<sup>294</sup>. En un sentido similar se ha pronunciado Herzberg, quien, refiriéndose específicamente a las organizaciones formales, señala que “Hitler, Himmler y Honecker

---

<sup>294</sup> ROTSCH, “¿Dominio del echo en virtud de organización?”, en *Aparatos organizados de poder*, 2020, p. 192.

no cometieron los delitos de homicidio que ordenaron a título de autor, sino como inductores, pues entre mandato y resultado intervino la comisión dolosa y autorresponsable por parte de otros, esto es, por aquellos asesinos y homicidas que como autores únicos o coautores, con responsabilidad propia (...) actuaron en último lugar”<sup>295</sup>. En esa línea también se encuentra Renzikowski, quien, defensor del concepto restrictivo de autor, entiende que autor es únicamente quien realiza el tipo penal –la figura central del hecho delictivo–, siendo los demás intervinientes, partícipes –figuras marginales–<sup>296</sup>. Así, el autor debe tener dominio del hecho, y en este tipo de casos es claro que no lo tiene porque el hombre de delante actúa con libertad, la autonomía del hombre de delante bloquea la posibilidad de considerar al hombre de detrás como autor<sup>297</sup>.

En la doctrina española defiende esta tesis Gimbernat Ordeig, quien distingue entre la intervención de quien concibe la idea de una matanza o exterminio y propaga su ideología, y la de quien simplemente recibe y transmite órdenes para cometer tales delitos, tal y como se veía a sí mismo Eichmann, quien afirmó en su juicio: “tengo la más profunda convicción de que aquí estoy pagando por los vidrios que otros han roto”-. Para Gimbernat, aquellos que

---

<sup>295</sup> HERZBERG, “Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales”, en *Aparatos organizados de poder*, 2020, p. 120.

<sup>296</sup> Véase en: RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff...*, 1997, pp. 67 y ss. EL MISMO: “Verantwortlichkeit in Hierarchien“, en: *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Matthias Kaufmann y Joachim Renzikowski (Coord.), 2004, p. 149

<sup>297</sup> Véase en: RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff...*, 1997, pp. 87 y ss.; EL MISMO: “Verantwortlichkeit in Hierarchien“, en: *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Matthias Kaufmann y Joachim Renzikowski (Coord.), 2004, p. 153.

realizan acciones ejecutivas deben responder como autores, mientras que quienes idearon el genocidio y convencieron a otros de cometerlo, estableciendo un aparato para ello, deben responder como inductores. Si bien reconoce que esta solución podría parecer poco adecuada si se piensa en el papel desempeñado por los superiores, manifiesta que ello es una consecuencia de la forma en la que está regulada la inducción en el CP español, prevista originalmente para casos más sencillos y no para genocidios como el ocurrido en la Alemania nazi contra la población judía, un problema del Derecho positivo que se resuelve a través de la equiparación en pena de autoría e inducción<sup>298</sup>. En un sentido similar se encuentra Gómez Benítez, quien además argumenta que, el hecho de que el artículo 25 del ECPI haya incorporado expresamente la responsabilidad de quienes emiten órdenes para la comisión de crímenes, distinguiéndola de la de las otras formas de autoría y participación mencionadas en el mismo artículo, es una muestra de la proximidad de dicha forma de intervención a la inducción<sup>299</sup>.

### **3.2. Críticas**

Frente a esta solución se pueden encontrar varias críticas que pueden ser agrupadas de la siguiente forma : (i) en el primer grupo se encuentran las críticas que señalan que si se adopta la solución de la inducción se estaría minimizando el papel del hombre de detrás,

---

<sup>298</sup> GIMBERNAT, *Autor y cómplice en derecho penal*, 2006, pp. 161-163.

<sup>299</sup> GÓMEZ BENITEZ, *La parte General...*, 2003, p. 1034.

relegándolo a un papel meramente secundario<sup>300</sup>; (ii) en el segundo grupo se encuentran las críticas atinentes a que esta solución ignora que regularmente el ejecutor no tiene mayor posibilidad de cambiar el curso lesivo<sup>301</sup> y (iii) en el tercer grupo estarían aquellas críticas que mencionan que no existe vínculo directo entre el inductor y el auto material, tal y como lo exige la inducción como forma de participación criminal<sup>302</sup>.

Al primer grupo de críticas se puede responder que el hecho de que el inductor responda como partícipe no significa que el desvalor de su actuación sea menor, sino simplemente que su responsabilidad es accesoria a la del autor material, lo que no quiere decir que el injusto tenga el mismo contenido<sup>303</sup>; es más, la pena que se les impone a ambos es la misma en términos cuantitativos. En relación con el segundo grupo de críticas se puede señalar que no es tan

---

<sup>300</sup> Véase en: HERZBERG, “Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales”, en *Aparatos organizados de poder*, Yesid Reyes y Hernán Darío Orozco (editores), 2020, pp. 120y ss.; OTTO, “Autoría en virtud de aparatos organizados de poder”, en *Aparatos organizados de poder*, Yesid Reyes y Hernán Darío Orozco (editores), 2020, pp. 51 y ss.

<sup>301</sup> Señala ROXIN que en los aparatos organizados de poder generalmente el hombre de detrás toma la decisión acerca de si el hecho debe ser ejecutado y la forma de hacerlo, mientras que ejecutor no puede cambiar nada esencial en el curso suceso trazado previamente por su superior, sino, a lo sumo, modificarlo. Señala que incluso si el ejecutor se rehusara a cumplir las órdenes que le han sido impartidas esto no serviría de nada para la víctima, porque es muy probable de otra forma se seguirá cumpliendo la orden. Indica en ese sentido que esa “divergencia en el reparto de poder prohíbe equiparar al hombre de detrás de una organización delictiva con el inductor”. ROXIN, *El dominio de organización...*, 2006, p. 13.

<sup>302</sup> Véase en: GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 114 y ss; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en derecho penal*, 1996, p. 271; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 2005, pp. 404-405; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo II*, 2014, pp. 272-273.

<sup>303</sup> Véase en: HERZBERG, “Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales”, en *Aparatos organizados de poder*, 2020, p. 121.



cierto que en ese tipo de estructuras sea sencillo cambiar a los ejecutores materiales como meros elementos fungibles, especialmente cuando se trata de situaciones en las que sencillamente no hay otros ejecutores de los cuales disponer para ejecución de la orden, o cuando se trata de tareas especializadas para las cuales se requiere individuos particulares (por ejemplo, un francotirador) a los que no es sencillo encontrarles reemplazo. Es más, casos como algunos de los planteados al inicio de este trabajo, en los que los ejecutores exceden las instrucciones que inicialmente les fue impartido, son prueba de que finalmente quien decide si ejecuta el delito y la forma de hacerlo es el autor material. Finalmente en relación con el tercer grupo de críticas se puede mencionar que ignoran que el vínculo entre inductor y ejecutor material está dado precisamente por la pertenencia de ambos a misma estructura, es decir, al mismo sistema social de tipo organizativo. La organización delictiva se entiende así como un sistema orientado a la comunicación de decisiones, sin que ello signifique que los individuos que finalmente las ejecutan no sean seres libres que actúan con autonomía y auto-responsabilidad.

### **3.3. Consecuencias de la tesis de la inducción para casos de exceso**

En la inducción también es difícil la construcción dogmática de la responsabilidad por los excesos, precisamente porque se supone que la responsabilidad del inductor se deriva de haber provocado una resolución en el autor, quien resuelve cometer la conducta delictiva. Es decir, en la inducción se presenta un doble dolo de parte del

inductor, dirigido no solo a provocar la resolución criminal en cabeza del autor, sino a la realización del hecho delictivo. Sin embargo, la doctrina no es pacífica a la hora de identificar cuales deberían ser los elementos clave del contenido de esa resolución provocada, por ejemplo, si debe especificar el tipo penal, la forma de ejecución e incluso la identidad de la víctima.

Roxin menciona que cuando el autor solo se desvía en las modalidades de ejecución sigue concurriendo una inducción y, por lo tanto, el inductor debe responder por el hecho delictivo realizado; no obstante, señala que ante un cambio de objeto del hecho o ante un cambio de tipo no es posible imputar el hecho delictivo excesivo al inductor, aunque menciona una excepción a esta regla que resulta bastante útil para lo que es objeto de estudio en este trabajo: “Será distinto si al sujeto de atrás no le importa la identidad de la víctima. Por tanto, si el cabecilla de un grupo revolucionario incita a un terrorista a asesinar a un empresario de los que están en la “lista negra” y le nombran a X, que supuestamente está poco custodiado, seguirá habiendo una inducción si el autor en vez de a X, al que no logra acercarse, dispara y mata a Y, que estaba igualmente en la ‘lista negra’”<sup>304</sup>.

En el ámbito español resultan de particular relevancia los trabajos de Gómez Rivero y de Baldó Lavilla sobre el alcance de la imputación al inductor. Ambos estudios son unísonos al indicar que el dolo del inductor constituye como el límite de su propia responsabilidad, incluso en casos de excesos, tanto cualitativos –la

---

<sup>304</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo II*, 2014, p. 245.

comisión de otros ilícitos—, como cuantitativos —la lesión al propio bien jurídico—. Para Gómez Rivero “muchos casos de posibles excesos y desviaciones del autor respecto al estricto contenido de la incitación, que son imputables objetivamente a ésta, también lo son subjetivamente, a título de dolo eventual (...). Pero en todo caso, el reconocimiento de esta posibilidad parte de la existencia de un previo dolo directo, referido al objeto mismo de la incitación, limitándose así la función del dolo eventual en la inducción, a ampliar los resultados imputables subjetivamente al inductor más allá de los abarcados estrictamente por su dolo directo”.<sup>305</sup>

Esta misma autora diferencia entre dos momentos, el primero se presenta cuando el inductor provoca una resolución criminal en el autor, mientras que el segundo se da cuando éste último realiza el comportamiento antijurídico que incluso va más allá de lo indicado. La imputación al inductor por dichos resultados antijurídicos desviados tendrá límites, precisados por aquello que podía entenderse como previsible en el primer momento dentro del “contenido esencial” del dolo del inductor cuando realizó la provocación. Para definir dicho “contenido esencial” del dolo del inductor, indica que “la fórmula que tradicionalmente se repite, tanto en la doctrina alemana, como en la española es que, si bien no es necesario que el dolo del inductor comprenda todos los detalles del hecho a que induce, tampoco bastaría su abstracta referencia a la

---

<sup>305</sup> GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 381.

realización de un comportamiento delictivo o a un determinado tipo”<sup>306</sup>.

Por su parte, Baldó Lavilla señala algo que resulta de suma importancia para lo que es objeto de este trabajo. Indica que uno de los problemas básicos en escenarios de exceso en los delitos cometidos por el inducido –o autor material– es constatar el “abanico de posibilidades fácticas” que son cubiertas subjetivamente por el inductor, ya que es frecuente que la resolución provocada contenga “múltiples variantes” de realización. Por ello, es necesario delimitar las variantes de ejecución que objetivamente se derivan del mensaje utilizado, para lo cual, el operador jurídico debe constatar el contexto situacional en el que se desarrolla la comunicación y, luego de ello –esto es, de que se haya delimitado lo objetivamente imputable–, se debe analizar si el

---

<sup>306</sup> Algunos autores han tratado de delimitar de una manera más profunda los criterios para concretar el hecho. Así, SAMSON considera que “es necesario que el dolo del inductor abarque el hecho en sus *contornos esenciales*, pero sin que sea preciso que se represente cada peculiaridad del mismo”; por su parte, LACKNER “exige que el dolo del inductor comprenda los contornos de la acción, abarcando el *contenido del injusto relevante* y la *dirección del ataque*”; para MAURACH “el inductor deberá fijar los *contornos del hecho* atendiendo al *contenido de injusto* y la *concreta dirección del ataque*, si bien considera necesaria una referencia más precisa del hecho cuando se trate de bienes jurídicos personales”; MONTENBRUCK a su vez propone una solución para aquellos casos en los que el comportamiento que se induce puede tipificarse en diferentes delitos, recurre a “la construcción de categorías amplias que comprenderían *grupos de tipos emparentados entre sí* y a las que sería suficiente que se refiriese genéricamente el dolo del inductor”; finalmente ROXIN, “tras considerar insuficiente la mera referencia del dolo a un tipo, plasma las exigencias de concreción del hecho en lo que denomina «*la dimensión esencial del injusto*», a la que deberá referirse el dolo del inductor, y cuya comprobación requerirá una *interpretación de su conducta en el contexto de la situación*. Esa dimensión esencial del injusto vendrá determinada por la dimensión del daño y la forma y modo del ataque, de tal modo que quedaría suficientemente fijada en los casos en que alguien incita a otro a que se costee su sustento”. GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 383-386.

inductor abarcó subjetivamente todas las variantes, para lo cual también se basa este autor en el “mensaje instigador”.<sup>307</sup>

En conclusión, no es posible rechazar de plano la responsabilidad del inductor por los excesos en los crímenes cometidos por el autor inducido, más aún tratándose de relaciones de subordinación en estructuras delictivas como las que en este trabajo son estudiadas. En este tipo de escenarios el (doble) dolo del partícipe se constituye como un límite de su responsabilidad. No es necesario que el segundo dolo se extienda a todas las circunstancias en que será cometido el delito, basta con que el partícipe haya tenido una representación mental de las dimensiones esenciales del injusto que realizará el autor. En este sentido, el alcance de la responsabilidad del partícipe por los excesos en los delitos cometidos por el autor estará dada por la constatación, a partir de una perspectiva *ex ante*, del abanico de posibilidades fácticas que debieron ser cubiertas subjetivamente por el partícipe, para lo cual se debe tener en cuenta el contexto en el que se desarrolló la comunicación. Así, podrán imputársele aquellos resultados desviados o excesivos que pudiesen

---

<sup>307</sup> BALDÓ LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción*, 1989, p. 1121. Pese a los claros esfuerzos de BALDÓ por delimitar la imputación objetiva de la subjetiva, realmente no logra identificar una clara separación entre ellas. Mientras que para concretar a la primera propone identificar el contexto situacional en el que se transmite el mensaje, para la segunda también se remite a la identificación de las múltiples variantes contenidas en dicho mensaje. Es decir, tanto para la imputación objetiva como para la subjetiva hay que identificar el contexto en el que se desarrolla la configuración comunicativa del mensaje y de sus múltiples interpretaciones de realización. Sin embargo, esto no es una crítica a BALDÓ, sino a las estructuras de imputación preestablecidas que, como veremos más adelante, pierden su sentido en este tipo de escenarios, pues la imputación objetiva y la subjetiva pasan a ser una sola: imputación normativa.

haberse previsto por él al momento de su intervención en el hecho delictivo.

#### **4. Toma de postura**

Más allá de las mencionadas críticas a la tesis del dominio de la voluntad (*die Willensherrschaft*) en virtud de AOP, lo cierto es que, específicamente en cuanto a los casos que aquí se analizan, no puede aplicarse esta teoría, precisamente porque está construida a partir de la idea del “dominio del hecho” (*die Tatherrschaft*). Si bien es cierto que en el caso de la autoría mediata a través de AOP se trata, según ROXIN, de un “dominio de la organización” (*die Organisationsherrschaft*), también lo es que es evidente que el “hombre de detrás” (*der Hintermann*) no cuenta ni con el uno ni con el otro. Prueba de ello es que sus subordinados se han excedido en el cumplimiento de las órdenes inicialmente impartidas, por lo que debe rechazarse de manera categórica su aplicación para casos como los que aquí son objeto de estudio. Así, el problema de la teoría de esta tesis proviene precisamente de querer construir un dominio (el de la organización) equivalente al dominio que ejerce el autor sobre un inimputable o sujeto en error. Esa es la raíz de todos los males, pues aunque el hombre de detrás puede, en los AOP, disponer con mayor seguridad de las contribuciones de los subordinados que en caso de operar sin el marco de la organización, ello no implica que dicha estructura sea un instrumento igual de manejable que el inimputable o el sujeto coaccionado o en error. La razón está clara y la ponen de relieve los casos objeto de estudio: no se puede descartar que el ejecutor, que es auto-responsable y

domina su propio actuar, decida no ejecutar, ejecutar menos o ejecutar más; y, por cierto, tampoco se puede descartar que los “sustitutos”, en un ejercicio de su autodomínio, decidan no ejecutar.

En relación con el paradigma de la coautoría, si bien se puede superar el problema de la ausencia de intervención material del superior jerárquico en fase ejecutiva –requisito que se podría obviar si se tratara de una intervención que configure de tal forma el delito que pueda entenderse como una acción conjunta con la del ejecutor–, sigue siendo complicado identificar un mutuo acuerdo en los casos de excesos de los subordinados, en los que se han desviado del plan inicialmente trazado: si los excesos del ejecutor no están abarcados ni expresa ni tácitamente por el mutuo acuerdo, pasarían a ser responsabilidad exclusiva de quien los comete. La dificultad desde este paradigma sería, por tanto, el propio de la discusión sobre los excesos de los coautores. Además, en este tipo de escenarios es desacertado equiparar en un mismo plano las aportaciones de los distintos miembros de una organización delictiva al resultado típico, teniendo en cuenta que cada uno cuenta con competencias distintas y, por tanto, es diferente su intervención.

Casos como los que aquí son analizados, en los que la conducta del ejecutor o agresor inmediato excede las instrucciones inicialmente impartidas, son una muestra de que, generalmente, las actuaciones realizadas a través de estructuras jerárquicas no se encuentran plenamente configuradas desde la primera instrucción. Por el contrario, los ejecutores son sujetos auto-responsables que actúan con plena capacidad y libertad, al punto que deciden cómo, cuándo,

de qué forma o sobre cuál víctima ejecutar el hecho delictivo. Esto es importante en la medida en que, si se reconoce que el subordinado es un sujeto que actúa con auto-responsabilidad, la calificación del superior jerárquico únicamente podría ubicarse en el plano de la participación. La evidencia de que el ejecutor o agresor inmediato actúa con capacidad y libertad es precisamente su decisión de exceder las órdenes que inicialmente le fueron impartidas. Esto es, en el marco de su libertad, optó por apartarse de las instrucciones, dejando en evidencia que se trata de un sujeto con capacidad y que no está maniatado a los hilos del hombre de detrás. Incluso en casos en los que no hay exceso por parte del autor, cuando el subordinado cumple fielmente las instrucciones que le fueron impartidas, la utilización del aparato organizado de poder por parte del superior jerárquico tampoco podría entenderse como una forma de autoría mediata, en la medida en que dicha interpretación riñe de forma problemática con el principio de auto-responsabilidad. Es claro que Roxin defiende su tesis de esta crítica indicando que el instrumento no es el autor material sino la misma organización, pero aún así resulta contradictorio debido a que, al impartir una orden, el hombre de detrás está induciendo, provocando o determinando la comisión de un crimen. Si este es ejecutado tal cual lo ordenó finalmente no depende de él sino del autor, que sigue decidiendo voluntariamente la forma de realizar el tipo.

Como se vio previamente, frente a esta solución se han planteado varias críticas, principalmente orientadas al menosprecio de la intervención del superior jerárquico, quien, pese a la importancia de



su aporte, es considerado en un segundo plano; contrario protagonismo que se le da al ejecutor del delito —el subordinado—, pese a que frecuentemente no está en posibilidad de cambiar las instrucciones que ha recibido. También se critica que, a raíz de la forma en que se encuentran estructurados los AOP, generalmente no existe un vínculo directo entre los superiores jerárquicos que imparten las órdenes y quienes finalmente las ejecutan, vínculo que sería un requisito indispensable de la inducción como forma de participación criminal—. No obstante, en mi opinión, dichas críticas no son insalvables, en primer lugar porque ignoran que el desvalor de la conducta del inductor y del autor es el mismo, al punto que la pena para ambos es igual; en segundo lugar porque no es cierto que sea tan sencillo cambiar de ejecutor en este tipo de escenarios, más aun cuando se trata de especialistas; y en tercer lugar porque se deja de lado que el vínculo directo entre inductor e inducido lo brinda precisamente la misma organización a la que ambos pertenecen, que opera como un sistema social orientado a la comunicación de decisiones.

En esa medida, se considera que la orden inicial emitida desde la cúpula de una organización delictiva para la realización de un tipo penal no puede ser entendida de otra forma que una inducción a cometer un delito. La responsabilidad del superior jerárquico es accesoria a la realización del delito por parte del subordinado, es decir, únicamente se le puede endilgar el comportamiento de su subordinado cuando alcance el grado de ejecución (accesoriedad cuantitativa) y sea considerado como típicamente antijurídico

(accesoriedad cualitativa limitada)<sup>308</sup>. Así, no podrían imputársele eventos que sólo caben en la imaginación o que no alcanzan ni siquiera el grado de tentativa, respetando con ello un derecho penal de acto y no de autor<sup>309</sup>. En el marco del injusto colectivo realizado por organizaciones delictivas, la accesoriedad se predica entre el sujeto y la misma organización. Por ello, no es necesario un vínculo directo entre el autor material y el superior jerárquico, o dicho de otra forma, dicho vínculo viene dado por la pertenencia a la organización. Ahora bien, es importante aclarar nuevamente que dicha propuesta de solución es únicamente para los casos en los que el subordinado cumple fielmente con las instrucciones recibidas por su superior jerárquico. Para casos como los que aquí se han propuesto de análisis, como se verá más adelante, la propuesta de solución es diferente.

---

<sup>308</sup> Sobre la accesoriedad como elemento fundamental de la intervención en la responsabilidad colectiva, véase: ROBLES PLANAS, *Los dos niveles de la intervención...*, 2012, p. 3; OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 199 y ss.; VACCHELLI, *Intervención delictiva: Significado y función del principio de accesoriedad*, Tesis Doctoral inédita, 2018, pp. 40 y ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 201.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 54.

<sup>309</sup> Véase en: HERZBERG, “Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales”, en *Aparatos organizados de poder*, 2020, p. 122.

## **CUARTA PARTE: PROPUESTA DE SOLUCIÓN METODOLÓGICA PARA ABORDAR EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL DEL SUPERIOR JERÁRQUICO POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS**

En mi opinión, para abordar problemas de responsabilidad individual por hechos delictivos que son cometidos gracias a la intervención de varios sujetos, es necesario, tal y como lo señala ROBLES PLANAS, un paso previo, consistente en identificar el fundamento de la responsabilidad. Este autor indica que en la problemática de la intervención colectiva en un delito el primer paso es fundamentar la responsabilidad de un grupo de sujetos por el hecho delictivo y, luego, a partir de dicha labor, es posible entrar a discutir el título de responsabilidad que le corresponde a cada uno de los intervinientes<sup>310</sup>. Creo que este modelo metodológico resulta más adecuado para resolver los problemas de imputación en casos de criminalidad colectiva porque, si no es posible identificar el fundamento de la responsabilidad del colectivo de individuos, no tiene sentido un análisis posterior sobre la calificación de la intervención de cada uno de ellos, en tanto sencillamente dicha intervención no tendría relevancia jurídico-penal; es decir, creo que

---

<sup>310</sup> Este modelo metodológico ha sido desarrollado por ROBLES PLANAS en: *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 15- 21.; "Die zwei Stufen der Beteiligungslehre – am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen", en *GA*, 2012, pp. 276 y ss.; la versión en castellano de este texto es: "Los dos niveles de la intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)", en *InDret*, Barcelona, 2012, pp. 2 y ss.

dichos análisis son escalonados y excluyentes. Si no se logra superar el primer eslabón de análisis, no es posible pasar al siguiente, esto es, sin determinar previamente el fundamento de la responsabilidad, no se puede definir su alcance.

En lo que sigue se asume dicho modelo, por lo que, en primer lugar se analizará el fundamento de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados –a partir de las instituciones de la imputación objetiva–, es decir, el fundamento de su consideración como interviniente en delitos cometidos por sus subordinados. Una vez fijado ese marco, se aborda el segundo problema, a saber, la calificación de dicha intervención del superior. Además, creo que es necesario otro análisis en el que se identifique el tipo de imputación subjetiva del interviniente, pues, como se verá, tiene marcadas implicaciones en relación con su responsabilidad. En esa medida, propongo que para identificar el fundamento y los límites de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados, en especial para casos de excesos, se haga un análisis de tres niveles: en el primero se debe analizar el fundamento de la responsabilidad, en el segundo el problema de la calificación de dicha intervención y, en el tercero, el título de la intervención en el ámbito del tipo subjetivo. A continuación me referiré a los pormenores del análisis en cada uno de dichos niveles.

### **1. Análisis de primer nivel: fundamento de la responsabilidad del superior jerárquico.**

Tal como lo señala ROBLES PLANAS, en los casos de intervención colectiva en un delito, el primer paso debe consistir en fundamentar la responsabilidad de los distintos sujetos de un grupo por el hecho delictivo, es decir, en responder a la pregunta sobre si estos son o no *intervinientes* en el delito. Para ello, hay que partir de las instituciones de la imputación objetiva<sup>311</sup>. Así, es necesario determinar si es posible atribuir objetivamente al superior la conducta de su subordinado como propia de dicho superior. Se trata, pues, de determinar cuál es el alcance del principio de auto-responsabilidad, en sus dos dimensiones: de promover la responsabilidad por la organización libre del ámbito de competencia de cada persona y de garantizar la no responsabilidad por hechos que forman parte de un ámbito de competencia ajeno, esto es, la prohibición de regreso<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> ROBLES PLANAS, *Los dos niveles de la intervención...*, 2012, p. 2.; EL MISMO, "Die zwei Stufen der Beteiligungslehre – am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen», en *GA*, 2012, pp. 276 ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 15, 21. En este último texto señala que: "La distinción entre autoría y participación es una operación que presupone un paso previo: la fundamentación de la responsabilidad de un determinado círculo de sujetos por un mismo hecho delictivo. Sólo en un momento posterior es posible entrar a discutir cuál es el título de responsabilidad que le corresponde a cada uno (autores o partícipes)".

<sup>312</sup> Véase en: CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva...*, 2001, p. 261; IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafas por omisión*, 2018, p. 70; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2005, p. 346, para quien "un correcto entendimiento del principio de auto-responsabilidad supone no solo que debe responder por sus actuaciones quien sea psicofísicamente apto para ello, sino además, que por determinadas actuaciones solo se debe responder en cuanto dichos comportamientos puedan ser válidamente esperados del respectivo sujeto"; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito...*, 2003, p. 109, quien señala que con el principio de auto-responsabilidad "no sólo se reconoce que todo individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su libertad, sino también se garantiza no hacer responsable a alguien por un hecho que no es consecuencia del ejercicio de su autonomía individual, sino de la de otro"; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 17-20.

Ese juicio de imputación deviene aún más complejo en los casos de *acciones colectivas*, en las que resulta complicado identificar cuál comportamiento atribuirle a uno de los intervinientes o si sencillamente se le debe imputar el todo por su intervención en el injusto. En este sentido, resultan de particular relevancia las palabras de REYES ALVARADO, para quien, en este tipo de escenarios, además de analizar la creación y realización del riesgo por parte de la organización, se debe establecer si cada aportación individual puede ser considerado un riesgo jurídicamente desaprobado “dentro del contexto de la acción colectiva” –es decir, en el significado de esta conducta que socialmente es percibida como colectiva– y si esa conducta individual formó parte de esa acción colectiva realizadora del riesgo realizado quebrantador de la norma jurídico penal<sup>313</sup>.

Lo peculiar de la conducta de los superiores de organizaciones delictivas estructuradas jerárquicamente es que su actuación se inserta en el contexto de una organización orientada hacia la comisión de delitos, un vínculo esencial para comprender el significado de las conductas de quienes las integran<sup>314</sup>. Solo cuando se contempla la conducta del superior como “conducta en una organización” puede comprenderse el alcance de su injusto, pues el hecho de que la conducta sea cometida en esa organización determina que aquella deba ser contemplada a la luz de la delimitación de esferas de responsabilidad en dicha organización.

---

<sup>313</sup> REYES ALVARADO, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en *ADPCP*, Vol. 60, 2007, pp. 113-114.

<sup>314</sup> Véase *infra* la primera parte de esta tesis sobre las organizaciones delictivas.

Con otras palabras, si A indica a B que cometa un crimen, esas palabras tendrán un sentido delictivo distinto dependiendo de la esfera de competencia de A y B. Y, en lo que aquí interesa, el contexto de la organización va a ser decisivo para interpretar y definir las esferas de competencia. En realidad, la idea de ámbito de competencia nos servirá para valorar el riesgo desaprobado creado por el superior con su conducta y, en último término, para responder a la pregunta por su responsabilidad en caso de exceso de su subordinado. En esa medida, la conducta de los integrantes de una organización delictiva adquiere un significado especial por el simple hecho ser realizada en el seno de dicha organización.

De acuerdo con lo anterior, se analizarán a continuación algunas instituciones de la imputación objetiva en el marco del problema jurídico planteado, en especial para identificar si la conducta de los superiores jerárquicos de organizaciones delictivas puede considerarse como creadora y realizadora del riesgo típico que finalmente es materializado por sus subordinados, incluso en casos de excesos. Para ello, en primer lugar es preciso identificar el alcance del principio de auto-responsabilidad y si se trata de una barrera insalvable en este tipo de escenarios de responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados, esto es, si es posible aplicar la prohibición de regreso en este tipo de casos. En segundo lugar se examinarán a fondo las posiciones de garante como criterio esencial para la fundamentación de la responsabilidad del superior jerárquico, tanto en el marco de organizaciones delictivas comunes como aquellas de origen estatal,

es decir, en el marco de la competencia por organización y en el de la competencia institucional.

## **1.1. El alcance del principio de auto-responsabilidad y de la prohibición de regreso para casos de criminalidad colectiva**

El principio de auto-responsabilidad (*Selbstverantwortungsprinzip*<sup>315</sup>) acude a la máxima hegeliana según la cual: “solo puede llamarse imputación –en sentido estricto– a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío”<sup>316</sup>. Así, de acuerdo con este postulado. Cada uno debe responder por sus propias actuaciones y no por las conductas de los demás<sup>317</sup>. Sin embargo, con este principio, tal como lo pone de presente ROBLES PLANAS: “no sólo se reconoce que todo individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su libertad, sino también se garantiza no hacer responsable a alguien por un hecho que no es consecuencia del ejercicio de su autonomía individual, sino de la de otro”<sup>318</sup>. Es decir, tal y como lo señala REYES ALVARADO, “un correcto entendimiento del principio de

---

<sup>315</sup> Sobre las distintas terminologías utilizadas para referirse a este principio, incluso en la lengua alemana, véase en: CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva...*, 2001, p. 261.

<sup>316</sup> HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts...*, 1930, p. 355. Citado en: REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2005, p. 51, ÉL MISMO, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 97, 1991, p. 935.

<sup>317</sup> REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2005, p. 52; ÉL MISMO, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 97, 1991, p. 935.

<sup>318</sup> ROBLES PLANAS, *La participación en el delito...*, 2003, p. 109; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 17-20.



auto-responsabilidad supone no solo que debe responder por sus actuaciones quien sea psicofísicamente apto para ello, sino además, que por determinadas actuaciones solo se debe responder en cuanto dichos comportamientos puedan ser válidamente esperados del respectivo sujeto”<sup>319</sup>.

A partir del concepto del principio de auto-responsabilidad es que se edifica toda la teoría de la imputación objetiva, que busca precisamente que cada uno responda por sus obras y no hacer responsable a quien no le compete. En esa medida, este principio se bifurca en dos dimensiones, una positiva, por la cual se promueve la responsabilidad por el hecho propio, esto es por organización libre del ámbito de competencia de cada persona; y una negativa, a través de la cual se garantiza la no responsabilidad de terceros por hechos que no pueden ser imputados a su ámbito de competencia, esto es, a su posición de garante. Esta última dimensión no es otra cosa que la prohibición de regreso<sup>320</sup>.

La prohibición de regreso (*Regressverbot*) busca resolver un interrogante ligado con lo que es objeto de este trabajo: ¿hasta qué punto se puede imputar responsabilidad penal a un sujeto que posibilita o facilita a otro la realización de un delito? El ejemplo paradigmático a partir del cual se desarrolla esta teoría es el del sujeto que le vende un cuchillo a otro que se encuentra en medio de una riña y lo utiliza para matar a su contrincante, ¿es posible imputar al vendedor por su participación en el hecho delictivo

---

<sup>319</sup> REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2005, p. 346.

<sup>320</sup> Véase en: IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafas por omisión*, 2018, p. 70.

realizado por el autor? Esta situación, con diferentes aristas y particularidades, se presenta en una innumerable cantidad de escenarios que son de interés para el Derecho penal. Así, por ejemplo, el caso del banquero que recibe dinero proveniente del narcotráfico, ¿es responsable por lavado de activos?; el caso del comerciante que paga dinero producto de una extorsión a un grupo terrorista ¿es responsable por financiación del terrorismo? De igual forma, aplica para escenarios que son objeto de análisis en este trabajo: ¿es responsable el superior jerárquico de una organización delictiva por los excesos cometidos por su subordinado?<sup>321</sup>

Para resolver este tipo de cuestiones, JAKOBS propone que la identificación de tales límites únicamente se puede alcanzar a través de la teoría de las posiciones de garante, es decir, el hecho punible

---

<sup>321</sup> La teoría de la “prohibición de regreso” nació en un momento de auge del denominado “dogma de la causalidad”, como respuesta a la pregunta de si es posible castigar a un primer sujeto que posibilita o facilita a un segundo la comisión de un delito. Si se utilizaba la teoría de la equivalencia de las condiciones y su fórmula de la *conditio sine qua non* imperante en dicho momento, necesariamente había que responsabilizar al primer sujeto, en tanto en cuanto si se suprimía mentalmente su aportación desaparecía por ende la realización de la conducta delictiva. Por ello, se ideó la prohibición de regreso precisamente para decir que el ejercicio de la libre voluntad interrumpía la realización causal de todo tipo de influencias precedentes” esto es, suponía en realidad la aparición de una nueva cadena causal. Sin embargo, esta noción de “interrupción de nexos causales”, defendida principalmente por BAR, fue duramente criticada, principalmente por la contradicción que aparejaba en cuanto al concepto de causalidad. Por ello, FRANCK construyó la teoría de la prohibición de regreso como se ha entendido tradicionalmente, esto es, conforme a la cual todo favorecimiento imprudente de una conducta dolosa y culpable es impune. No obstante, esta tesis también ha sido duramente discutida, en la medida en que introduce criterios subjetivos a un análisis objetivo sobre la intervención del sujeto en el delito. Véase en: JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 19 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, 2001; PUPPE, *La imputación objetiva*, 2001, p. 127; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito...*, 2003, pp. 80 y ss.

del autor únicamente puede ser imputado al partícipe que le ha colaborado con su conducta –activa u omisiva– en la medida en que tal colaboración pueda entenderse como una infracción al ámbito de competencia que le correspondía a dicho sujeto. De esta forma, para aplicar esta limitante a la imputación objetiva<sup>322</sup> es necesario que la conducta del primer sujeto pueda entenderse como neutral; que de ninguna forma sea connivente o solidaria con el plan criminal del autor; que cuente con un sentido social propio, esto es, independiente del plan del autor –de suma importancia para los casos que en este trabajo se analizan–; y que sea previa al inicio del plan delictivo del autor o a su decisión de infringir la norma de cuidado. Este último elemento tiene dos excepciones: la inducción y los supuestos en los que existen posiciones de garantía –que como veremos más adelante, son los supuestos en los que precisamente cabe la responsabilidad del superior jerárquico por el exceso en los crímenes cometidos por sus subordinados–.<sup>323</sup>

En conclusión, la prohibición de regreso no debe aplicarse para casos de organizaciones criminales –tanto estatales como no estatales–, en la medida en que las acciones del superior en estos escenarios no son neutrales, ni cumplen un fin legítimo acorde con el interés social. Por el contrario, se trata de la creación de un peligro que, si bien puede ser diferente al que finalmente es ocasionado, es gracias a él que este último se realiza. Además, el

---

<sup>322</sup> También concordamos con JAKOBS en que este problema debe ser abordado en sede de imputación objetiva. En contra de esta posición véase a: FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, 2001, p. 23.

<sup>323</sup> Véase en: FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, 2001.

superior jerárquico sí ha tenido un contacto previo, si no con el autor, al menos sí con la organización delictiva, y es por dicho contacto que se genera la posterior situación en la que el autor material se desvía o excede el plan original. El dirigente o superior no solo se ha solidarizado con el plan delictivo, sino que lo ha puesto en marcha, por lo que no puede ser utilizado este criterio para eximirlo de responsabilidad.

## **1.2. EL criterio esencial: la posición de garante del superior jerárquico de una organización delictiva**

Las posiciones de garante (*Garantenpflichten*) son las expectativas sociales que se ciernen sobre la persona de acuerdo con el rol que desempeña dentro de un sistema social, como lo son la interacción, la organización y la sociedad<sup>324</sup>. Le imponen al individuo la obligación de proteger ciertos bienes jurídicos o controlar algunas fuentes de riesgo, generando una responsabilidad en caso de que infrinja tales deberes. Juegan un papel determinante en el marco de la imputación, pues, tal y como se ha explicado, constituyen el fundamento de la responsabilidad penal. Es en este desarrollo dogmático –con marcada influencia germánica– en donde se puede identificar el origen del deber del superior jerárquico de organizaciones delictivas jerarquizadas de evitar que sus subordinados cometan delitos.

---

<sup>324</sup> Véase, sobre los diferentes sistemas sociales: LUHMANN, *La sociedad de la Sociedad*, Ed. Herder, México, 2007, p. 40.

La construcción de la teoría de las posiciones de garante ha estado ligada desde sus inicios a los delitos de omisión. No obstante, parte de la doctrina entiende que las posiciones de garante fundamentan también la responsabilidad penal por los delitos comisivos<sup>325</sup>. Si bien es usual encontrar explicaciones del origen de las posiciones de garante a partir de nociones como la ley o el contrato (fuentes clásicas del deber jurídico), en la actualidad es claro que dicho fundamento únicamente puede establecerse a partir de la competencia de un sujeto en relación con la protección de un bien jurídico o con el control de una fuente de riesgos, y la incidencia de dicha posición en relación con el hecho típico. Dichos deberes pueden surgir bien a partir de la competencia de por organización (como sería el caso del superior jerárquico de una organización

---

<sup>325</sup> Véase en: JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 2001. p. 60; MONTEALEGRE LYNETT, *Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs...*, 2003, pp. 32-33; MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal...*, 2006, p. 58; NAVAS, *Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en Derecho penal*, 2015, p. 682; SÁNCHEZ-VERA, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. 1995, pp. 18 y ss.; SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999, pp. 51 y ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1994, pp. 58 y ss.; Corte Constitucional colombiana, al manifestar que: “en una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo”. Sentencia SU-1184 de 2001. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Por el contrario, discrepa de esta posición SILVA SÁNCHEZ, quien se muestra partidario hacia una delimitación entre la acción y la omisión, pues para él, si bien es cierto que en varios casos la distinción entre una y otra carece de efectos, ello no es suficiente para negar su trascendencia, pues para otros supuestos tiene importantes consecuencias sobre la responsabilidad, como en el caso de la teoría de la participación y de la tentativa, o en el de la fundamentación y límites de la punibilidad. Cfr.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión – concepto y sistema*, 2003, pp. 201 y ss.

delictiva común) o a partir de una competencia institucional (como sería el caso de una organización delictiva de origen estatal):

### **a) La competencia del superior jerárquico de organizaciones delictivas comunes**

Quien se organiza de forma peligrosa tiene el deber jurídico de evitar la causación de un daño para los demás<sup>326</sup>. Para el caso de los superiores jerárquicos de organizaciones delictivas comunes —es decir, no institucionales— su deber se estructura a partir de su ámbito de competencia por organización, es decir, a partir de deberes que tiene cualquier persona a partir de sus libertades individuales de no afectar las esferas jurídicas ajenas. Ese tipo de deberes son denominados por la doctrina como “negativos”, precisamente porque consisten en mantener el propio ámbito de competencia sin afectar el de los otros (deberes de aseguramiento), y en caso de que sí los afecten surgen deberes de revocación de ese output peligroso (deberes de revocación o salvamento).

Los deberes negativos tienen fundamento en el libre albedrío de las personas. Surgen en virtud de dos principios jurídicos: el de *neminem laedere* y el de *casum sentit dominus*. El primero de ellos consiste en no causar daño a los otros, esto es, en que todos debemos organizar nuestra esfera de tal forma que no afecte la de los demás. El segundo indica que las personas estamos sometidas a soportar las consecuencias lesivas de comportamientos de terceros que se rijan dentro de dicho ámbito de libertad. En esa medida, los

---

<sup>326</sup> Véase en: JAKOBS, *Participación*, pp. 127 y ss.; Fiscalía General de la Nación colombiana, Directiva 001 de 27 de marzo de 2016, p. 28.

deberes negativos nacen porque el sujeto –poseedor de un ámbito de configuración del mundo que le permite poner en peligro esferas de organización ajenas– ha configurado un peligro para esferas de organización ajenas, esto es, ha organizado de forma defectuosa su ámbito de libertad<sup>327</sup>.

En mi opinión, en este tipo de escenarios surge una posición de garante por injerencia, es decir por la creación antijurídica de un riesgo próximo para la esfera de otro, que finalmente se ve afectada debido al actuar precedente. Según lo dicho por la doctrina, para que se configure una posición de garante de este tipo es necesario, en primer lugar, el incumplimiento de los deberes de aseguramiento y revocación de la propia esfera de organización que da lugar a una situación de riesgo, y que, como consecuencia ello, se ocasione una lesión al bien jurídico; en segundo lugar, que dicho comportamiento precedente sea antijurídico; y en tercer lugar, que dicha lesión

---

<sup>327</sup> Véase en: BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, pp. 43 y ss.; NAVAS, *Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en Derecho penal*, 2015, pp. 680 y ss.; OROZCO LÓPEZ, *La intervención delictiva en los delitos de organización*, Bogotá, 2008, pp. 21 y ss.; PAWLIK, *El funcionario policial como garante de impedir delitos*, 2010, p. 15, para quien: “Dado que por ordenamiento jurídico liberal se entiende, primariamente, aquel que le garantiza a sus ciudadanos el reconocimiento de libertad de organización, los deberes de garante tienen que presentarse, en cierto modo, como factores de costo de un balance, en cuya columna del haber esté la garantía de libertad de organización. Con esta perspectiva, entonces, los deberes de garante están legitimados por el hecho de que sustentan aquellas condiciones de la libertad de organización que ante todo hacen operable su reconocimiento por el Derecho, es decir, que la convierten en una parte de libertad *real*”; PERDOMO TORRES, *El concepto del deber jurídico*, 2003, pp. 232 y ss.; ÉL MISMO, *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, p. 41; SILVA SÁNCHEZ, “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en: *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Enrique Bacigalupo (Coord.), Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, 9. 160.

pueda ser considerada como previsible desde una perspectiva *ex ante*<sup>328</sup>. Cada uno de dichos elementos será desarrollado a continuación.

En relación con el primero de dichos elementos, esto es, el incumplimiento de los deberes de aseguramiento y revocación por parte del titular de la esfera de organización –el superior jerárquico–, es importante resaltar que el carácter ilícito de las actividades propias de la organización a la cual pertenece un sujeto no lo libera de sus deberes como ciudadano, sino que legitima la posibilidad de imputación de los peligros que esa misma actividad ilícita represente para los demás. En este sentido, Jakobs, en el contexto del análisis de las organizaciones paramilitares de art. 28 del ECPI señala que dichas organizaciones “son instituciones peligrosas, y el ‘propietario’ de una institución de tales características tiene la obligación –*sit venia verbo*– de garantizar la seguridad, lo que significa que tiene que velar porque nadie perteneciente a la misma actúe criminalmente, es decir, que se exceda del objeto criminal de la banda y sus acciones”<sup>329</sup>. Así, pese a que no existe una relación de superioridad jerárquica de carácter legal, el jefe de la banda sí debe vigilar y controlar los actos cometidos por los miembros de la organización que él dirige y, en esa medida, también cuenta con el deber de evitar la causación de un daño como consecuencia del

---

<sup>328</sup> Véase sobre la injerencia: BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 1997, p. 399 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho...*, 2001; ÉL MISMO, *Derecho Penal Parte General*, 2006, pp. 974 y 982.; PERDOMO TORRES, *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, 2009, p. 53 y ss; ÉL MISMO *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, 2008, p. 36; ROXIN, *Injerencia e imputación objetiva*, 2007, p. 155 y ss.

<sup>329</sup> JAKOBS, *Participación*, p. 129.



ejercicio de la libertad. Quien delinque tiene el deber de suspender sus actividades ilícitas, de no exteriorizar los peligros potenciales propios de la naturaleza de su actividad o, de asegurarlos, una vez se hayan exteriorizado<sup>330</sup>.

En segundo lugar, en cuanto a la antijuridicidad del comportamiento previo, comparto las palabras de SILVA SÁNCHEZ, quien ha sostenido –con base en los postulados de Lampe– que una organización delictiva es un sistema penalmente antijurídico (*strafrechtliches Unrechtssystem*), esto es, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. Por este motivo, la organización criminal conforma un injusto “por su mera existencia”, sin que tenga que manifestarse en acción alguna, esto es, constituye “un estado de cosas antijurídico”<sup>331</sup>. En un sentido similar se encuentra MAURACH, para

---

<sup>330</sup> JAKOBS, *Participación*, p. 129. “El aparato de poder ajeno a la legalidad no solo no debe emplearse, sino que, sobre todo, ha de manejarse con seguridad cada vez que se pone en marcha”. Citado en: Fiscalía General de la Nación colombiana, Directiva 001 de 27 de marzo de 2016, p. 30.

<sup>331</sup> SILVA SÁNCHEZ, “¿Pertenencia” o “Intervención? Del delito...”, 2004, pp. 1075-1076. Para este autor, en el momento actual del Derecho Penal se pueden identificar tres velocidades en las que avanza. La primera de ellas sería para las formas de criminalidad a las que se les imponen penas privativas de la libertad, para las que deben mantenerse de modo irrestricto los principios político-criminales, reglas de imputación y principios procesales clásicos. La segunda velocidad se aplicaría a “ilícitos de acumulación o peligro presunto”, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales, por lo que cabría para ellas flexibilizar las sanciones previstas en los principios y reglas clásicos atendiendo a la menor gravedad de dichas conductas. La primera y la segunda velocidad pertenecerían al “Derecho penal de los ciudadanos” descritos por JAKOBS, mientras que en la tercera velocidad se encontraría el “Derecho penal del enemigo”, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la «flexibilización» de los principios político-criminales y las reglas de imputación. Esta tercera velocidad

quien los individuos pertenecientes a organizaciones delictivas han transgredido el derecho de asociación por el mero hecho de pertenecer a esas estructuras apartadas de la legalidad, por lo que puede hablarse en estos casos de un “abuso del derecho”<sup>332</sup>. Así mismo, es evidente que también se comparte la posición de Jakobs, para quien los integrantes de asociaciones criminales y terroristas se han “autoexcluido” del “derecho de los ciudadanos”, por lo que para ellos aplica un “Derecho penal de enemigos”, debido a que han manifestado su intención de ubicarse al margen del derecho<sup>333</sup>.

En tercer lugar, el elemento de la previsibilidad es de suma importancia para los casos que aquí se analizan, en la medida en que no es posible hacer responsable al superior jerárquico de todas las conductas criminales desplegadas por sus subordinados, tiene que haber un límite, el cual es precisamente que el resultado haya sido previsible en el momento de su desencadenamiento causal, esto es *ex ante*. La previsibilidad depende de muchos factores que se deben analizar en dependiendo de cada caso concreto, tal vez el más importante sea la cantidad y el tipo de información que es puesta en conocimiento del superior jerárquico, la cual le permitiría inferir la comisión de ciertos delitos por parte de sus subordinados bajo

---

es para SILVA SÁNCHEZ, muy a su pesar, “inevitable”. Véase en: SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2006, pp. 165-188.

<sup>332</sup> MAURACH, *BT*, 1978, p. 670. Citado por: SILVA SÁNCHEZ, *¿Pertenencia" o "Intervención? ...*, 2004, p. 1073.

<sup>333</sup> En sus palabras: “si el delincuente ya no proporciona garantía cognitiva alguna de su personalidad, la lucha contra el delito va al unísono con la lucha contra él. Entonces, ciertamente ya no es persona, sino fuente potencial de delitos, enemigo”. Véase en: JAKOBS, *Personalitat und Exklusion im Strafrecht*, 2001, pp. 447 y ss., 462-463. Citado por: SILVA SÁNCHEZ, *¿Pertenencia" o "Intervención? ...*, 2004, p. 1073.

determinadas circunstancias<sup>334</sup>. Igualmente, la previsibilidad abarca no sólo aquellas conductas delictivas que se hayan ordenado cometer, sino que también se extiende a aquellas conductas de los subordinados que era razonable que el superior se representara, teniendo en cuenta el contexto del caso concreto en el que se desarrolla la comunicación entre los integrantes de la organización delictiva. Por ejemplo, el pasado violento del subordinado (caso 1), la vaguedad del mensaje instigador (caso 2), la indisciplina o desorganización del grupo bajo su mando, la razonable oposición de las víctimas y, por ende, el uso de la violencia excesiva por parte de los subordinados. En ese sentido resulta de utilidad la “teoría de las desviaciones previsibles” utilizada por la jurisprudencia española, referida más que todo a casos de delitos contra la propiedad en los que alguno de los copartícipes termina utilizando la violencia. En ese tipo de casos, resalta el TS que, en el marco habitual en el que se desarrolla el concierto es viable suponer que alguno de ellos va a poner en riesgo la vida o integridad corporal de las víctimas, por lo que es posible imputarles a los demás integrantes que hicieron parte del acuerdo dicho resultado, así no hayan realizado “todos y cada uno de los actos típicos integrantes del delito”<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> Sin embargo, como se verá más adelante, en ciertos casos el hecho de que a raíz de su propia intención el superior jerárquico no cuente con dicha información no impide que se configure la posición de garante, es decir en los casos de ignorancia deliberada

<sup>335</sup> Véase al respecto, SSTs 747/2016, de 22 de febrero (RJ 2016, 630); 12/2014, de 24 de enero (RJ 2014, 1606); 268/2012, de 12 de marzo (RJ 2012, 4643); 84/2010, de 18 de febrero (RJ 2010 3500); 809/2011, de 18 de julio; 1500/2002, de 12 de marzo (RJ 2012 4643); 84/2010, de 18 de febrero (RJ 2010, 3500); 1500/2002, de 18 de septiembre (RJ 2002, 8151); 1326/1995, de 21 de diciembre (RJ 1995, 9438) 2159/1991, de 7 de diciembre (RJ 2002, 8151); 1326/1995, de 21 de diciembre (RJ 1995, 9438); 2159/1994, de 7 de diciembre (RJ 1995, 564);

Se ha mencionado por algunos sectores que no es posible atribuir este tipo de posición de garante para casos de dirigentes de organizaciones delictivas, en tanto, además de los elementos mencionados anteriormente, también sería necesario identificar que el riesgo creado con el comportamiento precedente sea “próximo o cercano” para el bien jurídico tutelado<sup>336</sup>. Sin embargo, dicho requisito -consistente en la *cercanía* al bien jurídico- no ha sido reconocido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia especializada en la materia. Así, por ejemplo, ni ROXIN ni JAKOBS lo mencionan en los trabajos que han realizado sobre la injerencia<sup>337</sup>. Tampoco lo menciona DOPICO GÓMEZ-ALLER en el más riguroso estudio que sobre esta temática se ha realizado en lengua castellana<sup>338</sup>. JESCHECK y WEIGEND sí mencionan que el actuar precedente en la injerencia debe provocar un “*peligro cercano (adecuado) del ocasionamiento del daño*”,<sup>339</sup> pero se refieren a que el peligro creado tenga la connotación suficiente para ocasionar el daño al bien jurídico protegido, mas no a una cercanía temporal. Expresamente señalan al respecto, haciendo referencia a lo dicho por STRATENWERTH sobre la injerencia, que este autor “*recurre con acierto a la aptitud del comportamiento previo para la producción*

---

1804/1994 de 18 de octubre (RJ 1994, 8022); 780/1993, de 31 de marzo (RJ 1993, 2943).

<sup>336</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia de 5 de diciembre de 2018, radicado No. 50236, magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier.

<sup>337</sup> Véase en: ROXIN, *Injerencia e imputación objetiva*, 2007, p. 155 y ss.; Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho...*, 2001, pp. 29 y ss.

<sup>338</sup> Véase en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 841 y ss.

<sup>339</sup> Véase en: JESCHECK/WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal...*, 2002, p. 673.

*del resultado y el deber de su impedimento que de ello resulta*<sup>340</sup>. En esa medida, si bien es cierto algunos códigos penales como el colombiano utilizan la palabra “*próximo*” para referirse a la injerencia (no así el Código Penal español), dicha proximidad está referida a la “*situación antijurídica*” de riesgo en relación con “*el bien jurídico correspondiente*”. Esto es, no está vinculada a una temporalidad estricta -cuya cuantificación sería bastante subjetiva y, por tanto, carente de seguridad jurídica-, sino a la *relevancia* de la situación de riesgo creada en relación con la conducta delictiva finalmente realizada. Esta valoración de *relevancia* del riesgo creado en relación con el riesgo finalmente realizado no es otra cosa de un juicio de imputación objetiva<sup>341</sup>. Al respecto, también resultan de particular relevancia las palabras de Silva Sánchez –aunque no refiriéndose expresamente a la posibilidad de la configuración de la injerencia, pero sí en relación con la lejanía entre la aportación de un miembro de una organización delictiva y la posterior comisión de un delito por parte de otro miembro gracias a dicha aportación–. Este autor entiende que, pese a que la aportación de un miembro de una organización delictiva pueda ser considerada de “escasa entidad” y haberse efectuado de modo genérico y con mucha antelación, al ser posteriormente actualizada y concretada por la misma organización a la hora de la comisión de uno o varios delitos determinados, puede serle imputada a aquel, pese a que dicho

---

<sup>340</sup> JESCHECK/WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal...*, 2002, p. 673, nota al pie 53.

<sup>341</sup> Sobre los componentes de dicho juicio de imputación objetiva, véase principalmente en: REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2005. pp. 51 y ss.; el mismo, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en *ADPCP*, Vol. 60, 2007, pp. 113 y ss.

miembro no tuviese conocimiento de las circunstancias de tiempo, lugar, sujetos e incluso de la concreción fáctica en la que se ejecutará el hecho delictivo, aclarando desde luego que “es necesario que la probabilidad de integración de unas y otras aportaciones aparezca ex ante como real, y no hipotética, y que sea cuantitativamente significativa”<sup>342</sup>. Aquí, pese a que las aportaciones pueden verse como naturalísticamente alejadas de la ejecución del hecho, hay una plena *conexión normativa* (de sentido) que legitima tal imputación<sup>343</sup>. Por ello, pese a que la aportación previa del miembro de la organización sea genérica, incluso desconociendo concretamente a quién ni cuándo ni qué delito va a favorecer, es posible imputarle responsabilidad en los casos de producción del hecho delictivo concreto, con fundamento en su: “intervención abstracta en la organización (*«abstrakte Organisationbeteiligung»*) cuyo título es la accesoriedad que, en lugar de referirse al hecho concreto del modo preciso, viene referida de modo abstracto a la organización (*«abstraktorganisationsbezogene Unrechtsakzessorietät»*)”<sup>344</sup>.

## **b) La competencia del superior jerárquico de organizaciones delictivas de origen institucional**

En cuanto a la responsabilidad penal que le asiste a los superiores jerárquicos o jefes de organizaciones delictivas de origen estatal –o

---

<sup>342</sup> SILVA SÁNCHEZ, “¿Pertinencia” o “Intervención? Del delito...”, 2004, pp. 1069 y ss.

<sup>343</sup> SILVA SÁNCHEZ, “¿Pertinencia” o “Intervención? Del delito...”, 2004, pp. 1084-1085.

<sup>344</sup> SILVA SÁNCHEZ, “¿Pertinencia” o “Intervención? Del delito...”, 2004, pp. 1084-1085.

institucionales—, resulta importante la teoría de los delitos de infracción de deber, cuyo origen se encuentra en las obras de ROXIN<sup>345</sup>. Este autor quien advirtió que existen ciertos delitos en los que el legislador no caracterizó a los autores con base en el dominio del hecho, esto es, con base a una cualidad externa; sino en virtud de la infracción de un deber, una cualidad interna —una relación especial con el contenido del injusto del hecho—, motivo por el cual solo podría ser calificado como autor quien infringiere dicho deber<sup>346</sup>.

Para JAKOBS, los deberes positivos proceden de las instituciones básicas para la estructura social y que le son impuestos al ciudadano por su vinculación a ellas. Aquí el sujeto no ha creado el peligro, su responsabilidad se sustenta en la solidaridad que surge por pertenecer a dichas instituciones, son *deberes positivos* porque el sujeto está obligado a proteger (una protección especial) los ámbitos ajenos contra ciertos riesgos. Este tipo de deberes cobijan a su titular de un estatus especial que le obliga a configurar un mundo en común con determinadas personas. Es decir, contrario a los deberes negativos, aquí la obligación no consiste en no afectar esferas de organización ajenas, sino por el contrario en proteger esas esferas de organización de diversas fuentes de peligro, incluso de la suya propia<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> La primera vez en la que desarrolló esta tesis fue en su escrito de habilitación. Véase en: ROXIN en: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1º ed., 1963, pp. 352 y ss.

<sup>346</sup> Véase en: ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, pp. 385 y ss.

Este es precisamente el caso de los superiores jerárquicos o jefes de organizaciones estatales, quienes se encuentran obligados a controlar y supervisar las conductas de sus subordinados. Se trata de unos deberes especiales en la medida en que obligan a su titular a tomar las medidas que sean necesarias para evitar que sus supervisados cometan conductas delictivas. La fuente de dichos deberes especiales no es la injerencia, sino la asunción del control de una fuente de peligro, de tal forma que, en caso de que sean incumplidos, les asiste una posición de garante institucional por las consecuencias que se deriven de la omisión de tales deberes. Así, los funcionarios cobijados con este tipo de deberes funcionales no solo son responsables por su simple incumplimiento, sino por el resultado lesivo que se genere a partir de ello<sup>348</sup>.

En esa medida, los deberes positivos también cobijan los deberes de supervisión y control por parte de los superiores respecto de las conductas que realicen sus subordinados, en tanto se encuentran en una relación de jerarquía en el marco de la función pública. Específicamente en relación con los miembros de la fuerza pública, pueden ser responsables por las graves violaciones a los derechos humanos cometidos por sus subordinados, bien sea porque directamente ordenaron la comisión de delitos o porque omitieron prestar la seguridad que les correspondía. En estos casos, para que un miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material,

---

<sup>348</sup> Véase al respecto: PAWLIK, *El funcionario policial como garante de impedir delitos*, 2010, p. 15.



funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos vulnerados.

En este sentido se encuentra a PAWLIK, para quien el Estado, a través de sus funcionarios –especialmente los policiales– es el garante de impedir delitos, asegurando con ello su propio cometido como institución, esto es, proteger los derechos de sus ciudadanos<sup>349</sup>. Ello, según este autor, de ninguna forma podría reprocharse en el sentido de que cualquier incumplimiento de las funciones del Estado daría lugar a una sanción jurídico-penal, pues “el deber de los órganos estatales del que aquí se trata –de contraponerse a los abusos punibles de posiciones jurídicas de los ciudadanos–, constituye el núcleo del núcleo, por así decirlo, de los cometidos estatales, que no ha sido puesto en duda ni por quienes abogan por un Estado minimalista (...), no es meramente un cometido, sino propiamente el cometido fundamentalísimo del Estado”<sup>350</sup>.

De modo similar se ha manifestado PERDOMO TORRES, para quien el Estado moderno es garante del cumplimiento de determinadas tareas, en especial de aquellas dirigidas a la protección de los ciudadanos ante atentados contra su posición jurídica dentro de la sociedad, por lo que, en su sentir: “los miembros de las fuerzas militares y de policía son garantes por ser representantes del Estado y, en este sentido, por tener el deber de salvaguardar los intereses en lo que tiene que ver con el respecto de los bienes jurídicos de la

---

<sup>349</sup> PAWLIK, *El funcionario policial como garante de impedir delitos*, 2010, p. 14.

<sup>350</sup> PAWLIK, *El funcionario policial como garante de impedir delitos*, 2010, p. 17.

población, así como en los concerniente a la estabilidad interior y exterior de la nación”<sup>351</sup>.

A la hora de actualizar la posición de garante del Estado en el funcionario concreto juega un papel relevante su “rol como representante del Estado”<sup>352</sup> y, específicamente en cuanto a la realización de delitos por parte de sus subordinados, entra en consideración una norma del Código Penal alemán que JAKOBS califica como de “clarividencia dogmática sorprendente”<sup>353</sup>. Se trata del segundo párrafo del § 357, en donde se dispone que el titular de un cargo público encargado de supervisar o controlar los actos realizados por otro servidor público incurre en el castigo previsto para los actos antijurídicos que este último haya cometido, en tanto se encuentren en el marco de los *asuntos cometidos a su vigilancia y control*<sup>354</sup>.

En igual orientación, manifiesta JAKOBS que se encuentra el art. 28 del Estatuto de Roma para estructuras jerárquicas en el marco legal, pues en virtud de esta norma: “el superior jurídico responde, como autor, por lo que sucede en su ámbito, en la medida en que la infracción de un deber positivo constituye un injusto *propio*, no

---

<sup>351</sup> PERDOMO TORRES, *El Estado como garante...*, 2003, p. 245.

<sup>352</sup> PAWLIK, *El funcionario policial como garante de impedir delitos*, 2010, p. 19.

<sup>353</sup> JAKOBS, *Participación*, p. 126.

<sup>354</sup> StGB (Código Penal alemán). § 357. “Inducción de un subordinado a un hecho punible. (1) Un superior que induzca o trate de inducir a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo o que permita que suceda tal hecho antijurídico de sus subordinados, incurre en el castigo que amenaza a ese hecho antijurídico. (2) La misma determinación se aplicará a un titular de cargo, a quien se le ha encargado de la supervisión o control de los actos de servicio de otro titular de cargo, en tanto que el hecho antijurídico cometido por éste último titular de cargo, afecte los asuntos que se encuentran sometidos a su supervisión y control”.

derivado del injusto del subordinado”<sup>355</sup>. Por tanto, “si un superior militar no interviene cuando sus subordinados disparan contra civiles indefensos, se convierte en autor de las lesiones y muertes resultantes”<sup>356</sup>.

Así mismo, WEIGEND, refiriéndose al fundamento de la responsabilidad del superior jerárquico en el ámbito del Derecho penal internacional, entiende que en el caso de los jefes militares esta se desprende de su posición de autoridad y control, de la que se deduce una confianza en que dominan los peligros que surgen de las personas que deben vigilar. Sostiene que las tropas suponen una considerable fuente de peligro para personas y cosas por el hecho de estar armadas. Así debido a la posición que se les ha encomendado a los jefes militares –con su consentimiento– y a su poder de mando, pueden y deben dominar dicha fuente de peligro. Igualmente, señala que a dicho fundamento se suma el hecho de que “la generalidad confía en el cumplimiento activo del deber por parte del superior militar: quien tiene relación con unidades militares no confía en la racionalidad del soldado individual, sino en que sus superiores empleen el potencial peligroso de los sujetos armados únicamente para fines militares razonables, así como que controlen e impongan el cumplimiento de sus mandatos”<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> JAKOBS, *Participación*, p. 127.

<sup>356</sup> JAKOBS, *Participación*, p. 127.

<sup>357</sup> WEIGEND, “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en: en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, p. 131.

### 1.3. Balance

Si bien es usual encontrar explicaciones de la responsabilidad de superiores jerárquicos a partir de nociones como la ley o el contrato (fuentes clásicas del deber jurídico), en la actualidad es claro que dicho fundamento únicamente puede establecerse a partir de la competencia de un sujeto en relación con la protección de un bien jurídico o con el control de una fuente de riesgos, y la incidencia de dicha posición en relación con el hecho típico. Es decir, para encontrar ese fundamento se debe partir de un análisis de imputación objetiva en el que se determine cuál es el riesgo creado –o el riesgo no evitado en el caso de los delitos omisivos<sup>358</sup>– y la realización de dicho riesgo. En este primer nivel es indiferente si la intervención del superior jerárquico es activa (por intermedio de una orden expresa) u omisiva (por la no evitación de un riesgo típico), en tanto lo importante es identificar si dicho individuo tenía un deber frente al riesgo, que finalmente se ve materializado en la realización del hecho delictivo.

En ese análisis de imputación objetiva hay varias instituciones dogmáticas que tienen incidencia en relación con el tema objeto de estudio en esta tesis. En primer lugar, es preciso determinar cuál es el alcance del principio de auto-responsabilidad y si se trata de una barrera insalvable en este tipo de escenarios de responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados. El principio de la auto-responsabilidad puede entenderse en dos

---

<sup>358</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, pp. 245 y ss.

dimensiones, tanto como la responsabilidad por el hecho propio (promover la responsabilidad por la organización libre del ámbito de competencia de cada persona), como la no responsabilidad por el hecho ajeno (garantizar la no responsabilidad por hechos que forman parte de un ámbito de competencia ajeno), esta última dimensión no es otra cosa que la prohibición de regreso. En esa medida, la doctrina es clara en que dentro de las excepciones para que aplique la prohibición de regreso se encuentran precisamente los casos en los que el sujeto se encuentra en una posición de garante<sup>359</sup>, las cuales, como se verá en seguida, se presentarían en los casos que aquí son abordados (bien sea por injerencia o por asunción, como se podrá observar a continuación).

Conforme a lo anterior, en segundo lugar, se debe analizar la teoría de las posiciones de garante, en tanto se trata de una institución de la imputación objetiva de gran incidencia en el análisis del fundamento de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados. Entiendo que las posiciones de garante son las expectativas sociales que se ciernen sobre un individuo de acuerdo con el rol que desempeña dentro de un sistema social, que le imponen la obligación de asumir proteger un bien jurídico o controlar una fuente de riesgo, generando una responsabilidad penal en caso de que infrinja tales deberes. Dichos deberes pueden surgir a partir de la competencia de por organización (como sería el caso del superior jerárquico de una organización delictiva común) o a partir de una competencia

---

<sup>359</sup> Véase en: FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, 2001.

institucional (como sería el caso de una organización delictiva de origen estatal).

Para el caso de los superiores jerárquicos de organizaciones delictivas comunes –es decir, no institucionales– su deber se estructura a partir de su ámbito de competencia por organización, es decir, a partir de deberes que tiene cualquier persona a partir de sus libertades individuales de no afectar las esferas jurídicas ajenas. Ese tipo de deberes son denominados por la doctrina como “negativos”, precisamente porque consisten en mantener el propio ámbito de competencia sin afectar el de los otros (deberes de aseguramiento), y en caso de que sí los afecten surgen deberes de revocación de ese output peligroso (deberes de revocación o salvamento). Creo que en este tipo de escenarios surge una posición de garante por injerencia, es decir por la creación antijurídica de un riesgo próximo para la esfera de otro, que finalmente se ve afectada debido al actuar precedente.

Por el contrario, la posición de garante del superior jerárquico de una organización delictiva de origen estatal se deriva de la confianza en general en este tipo de instituciones y de la asunción de parte de los superiores o jefes militares de los deberes que conllevan la autoridad y control sobre sus subordinados o tropas bajo su mando. Se trata de deberes positivos (JAKOBS) porque cobijan a su titular de un estatus especial que le obliga a configurar un mundo en común con determinadas personas. Es decir, contrario a los deberes negativos, aquí la obligación no consiste en no afectar esferas de organización ajenas, sino por el contrario en proteger

esas esferas de organización de diversas fuentes de peligro, incluso de la suya propia. Tales deberes positivos también cobijan los deberes de supervisión y control por parte de los superiores respecto de las conductas que realicen sus subordinados, en tanto se encuentran en una relación de jerarquía en el marco de la función pública. Específicamente en relación con los miembros de la fuerza pública, pueden ser responsables por las graves violaciones a los derechos humanos cometidos por sus subordinados, bien sea porque directamente ordenaron la comisión de delitos o porque omitieron prestar la seguridad que les correspondía. En estos casos, para que un miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos vulnerados.

## **2. Análisis de segundo nivel: La calificación de la intervención del superior jerárquico**

Una vez establecida la responsabilidad del jefe o superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados a partir de los criterios anteriormente mencionados, corresponde calificar su intervención en el hecho delictivo. En mi opinión, los casos de exceso del subordinado de organizaciones delictivas deberían abordarse como delitos de omisión. Si bien es cierto puede existir o no una orden previa del superior jerárquico para la comisión de delitos (es decir, una actuación comisiva), lo cierto es que el problema jurídico consiste en establecer si es posible imputarle el no haber evitado que ese subordinado se excediera en las órdenes

que le fueron inicialmente impartidas. Es decir, se pueden identificar al menos dos momentos relevantes, el primero cuando el jefe o superior jerárquico crea un riesgo, bien sea al ordenar directamente la comisión de un delito (por ejemplo, la privación de la libertad de locomoción de los pobladores de un municipio (caso 1) o la realización de actividades riesgosas, como, por ejemplo, promover una política para incentivar las “bajas en combate” de los grupos guerrilleros (caso 2). El segundo momento se daría cuando ese jefe o superior jerárquico no impide que a partir de ese riesgo creado sus subordinados cometan excesos (por ejemplo, los delitos sexuales en el caso 1 o el homicidio de ciudadanos que no pertenecían a grupos guerrilleros en el caso 2), teniendo el deber de hacerlo. Como se vio previamente, dicho deber surge de la competencia del sujeto, bien sea a partir de una injerencia en el caso de organizaciones delictivas comunes o a partir de una asunción de protección de bienes jurídicos o de control de fuentes de riesgo, en el caso de organizaciones estatales o institucionales.

Ahora bien, el tipo penal por el cual puede responder ese superior jerárquico por su conducta omisiva varía dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate. Así, en España existen tipos penales específicos que sancionan las conductas omisivas de superiores jerárquicos en relación con las conductas delictivas cometidas por sus subordinados. Este es el caso del artículo 615 bis –para el caso de delitos internacionales–<sup>360</sup>. Por el contrario, en otro

---

<sup>360</sup> También pueden identificarse aquí otro tipo de delitos en el Código Penal español, como el regulado en el artículo 176 CP (omisión del funcionario que deja que otro torture a un tercero) y el artículo 415 (omisión realizada por el



tipo de ordenamientos de tradición jurídica europeo-continental en los que no se han tipificado ese tipo de conductas específicas, como el caso colombiano, o incluso para casos en el ordenamiento jurídico penal español en los que no sea posible aplicar dichos delitos especiales –por ejemplo, cuando no se reúnen los elementos de crímenes internacionales en el caso del artículo 615 bis– creo que es posible la imputación a los jefes o superiores jerárquicos por los excesos cometidos por sus subordinados por la vía de la comisión por omisión –prevista en el artículo 11 del CP español–. Por tanto, a continuación se abordarán ambas formas de responsabilidad por omisión.

## **2.1. Responsabilidad del superior jerárquico por los delitos de omisión pura del artículo 615 bis CP**

En el ordenamiento jurídico español, con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo en el CP el artículo 615 bis en el Capítulo IV, en el que prevé la responsabilidad del superior jerárquico por no impedir o no perseguir los crímenes internacionales por parte de sus subordinados, específicamente los capítulos II, II bis y III del mismo título. En la exposición de motivos de esta norma expresamente se indicó que la finalidad fue definir y regular “los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”. Esto es, no se incorporó de manera automática y sin matices la responsabilidad de mando prevista en el art. 28 del

---

funcionario que dejase a un tercero destruir los medios de control de acceso a documentos que tuviese bajo su custodia).

Estatuto de Roma, lo que hubiese sido “sumamente perturbador” en palabras de FEIJÓO SÁNCHEZ<sup>361</sup>, sino que se armonizó con los principios del derecho local. En este sentido, se acogió la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal<sup>362</sup>, que recomendó distinguir dos tipos de responsabilidad de mando, uno para aquellos eventos en los que los jefes militares y superiores no impidieran los delitos cometidos por sus fuerzas y otro para los casos en los que se infringiera el deber de promover la persecución de tales delitos, una vez ya cometidos, el cual tendría una pena menor. También se incorporó, únicamente para los jefes militares, que el primer tipo de responsabilidad no sólo abarcara conductas dolosas, sino también la imprudencia grave. En relación con los superiores civiles, en tanto no se hizo referencia a que pudiesen responder también de forma imprudente, es claro que únicamente se consagró una modalidad dolosa de su conducta -atendiendo al principio de tipificación cerrada y excepcional- de forma similar a lo previsto en el art. 28 del Estatuto de Roma.<sup>363</sup>

En mi opinión, cuando el artículo 615 bis del CP menciona que los superiores jerárquicos –la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal, en el caso del numeral 1, o superiores civiles, referidos en el numeral 4– serán castigados “con la misma

---

<sup>361</sup> Véase en: FEIJÓO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal de la obediencia del subordinado”, en *Memento penal*, Fernando Molina Fernández (Coord.), 2011, p. 1747.

<sup>362</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, 2002, pp. 51-52.

<sup>363</sup> Véase al respecto: GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior jerárquico en el Derecho penal español”, en: *Intervención delictiva y derecho penal internacional: Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Alicia Gil Gil (Dir.) Elena Maculan (Coord.), 2013, pp. 191-192.

pena que los autores”, de manera implícita reconoce que los “autores” son los subordinados que directamente cometen los delitos internacionales, mientras que los superiores, al no ser los “autores” de tales crímenes, pero al tener responsabilidad por dichos hechos, serían partícipes. Esto sería bastante problemático si se tiene en cuenta que la intervención a título de partícipe únicamente puede ser dolosa –de hecho, exige un doble dolo, dirigido tanto a provocar la resolución criminal (en el caso de la inducción) o a colaborar (en el caso de la complicidad o cooperación necesaria), como a que el autor efectivamente realice el delito–, por tanto, es inadmisibles una participación imprudente y, en esa medida, no sería posible aplicar el artículo 615.2 bis.

Sin embargo, creo que dicho problema jurídico se puede resolver si se interpreta que el artículo 615 bis consagra en realidad varios tipos penales de omisión pura o propia, concretamente de omisión pura de garante<sup>364</sup>. Esto en la medida en que la responsabilidad

---

<sup>364</sup> Categoría propuesta por SILVA SÁNCHEZ. Para este autor es más adecuado en términos político-criminales la tripartición de la omisión, en la medida en que se contaría con la ventaja de tener tres grados distintos de punibilidad para los distintos escenarios en los que se pueden realizar este tipo de delitos, lo cual, en su criterio, se ajusta más a la realidad y permitiría tener un enfoque más restringido para identificar los delitos de comisión por omisión. Por un lado estaría la omisión pura general o los delitos de omisión propia, los cuales se fundamentan en la solidaridad general (*Mindestsolidarität*), esto es, en la vulneración del principio *neminem ledere*. En segundo término estaría la omisión pura de garante u omisión agravada, en la que, tal y como su nombre lo indica, ya hay una posición de responsabilidad individual cualificada o una posición de garante, pero el sujeto no ha asumido el compromiso voluntario de control del riesgo o de protección del bien jurídico. En tercer lugar se encontraría la comisión por omisión, que son las omisiones más graves, aquellas que dan lugar a la equiparación entre la comisión y la omisión, en tanto se trataría de “no realizaciones de prestaciones positivas de salvaguarda de un bien jurídico imputables a sujetos en situación de responsabilidad especialmente intensa”. Sin embargo, se trata de una propuesta *de lege ferenda*, por lo que el mismo autor

regulada en este artículo, si bien parte del resultado típico cometido por los subordinados, lo que realmente reprocha es las conductas omisivas del superior jerárquico –en el caso de los numerales 1 y 4, la no adopción de medidas a su alcance para evitar la comisión de delitos internacionales por parte de sus subordinados–. Es decir, si bien estos delitos se fundamentan en parte gracias al resultado típico realizado por otro sujeto –la comisión de delitos internacionales por parte de los subordinados–, finalmente lo que se imputa al sujeto es su propia conducta omisiva –la no adopción de las medidas razonables para evitar que los subordinados cometiesen crímenes internacionales en el caso de los numerales 1, 2 y 4; la no adopción de medidas para que dichos crímenes sean perseguidos, en el caso de los numerales 3 y 5; o la falta de persecución de dichos crímenes, en el caso del numeral 6–. En esa medida, en mi criterio, únicamente es posible la calificación a título de autor por estas conductas, en tanto, reitero, lo que se sanciona es la propia conducta omisiva y no los crímenes cometidos por los subordinados, esto es, esta regulación no permite equiparar en un mismo plano normativo ni hacer un juicio de identidad estructural entre los delitos cometidos por los subordinados y la conducta omisiva del superior jerárquico, tal y como sí lo habilitaría la comisión por omisión<sup>365</sup>.

---

reconoce que *de lege lata* los casos de omisiones puras de garante u omisiones agravadas deben ser tratados como omisiones puras o propias, como lo son la omisión del deber de socorro y el deber de impedir determinados delitos, con la respectiva aplicación de las agravantes genéricas. SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, (38), 1989, pp. 369-381; ÉL MISMO, *El delito de omisión...*, 2003, pp. 425 y ss.

<sup>365</sup> SILVA SÁNCHEZ menciona que, para equiparar la omisión con la comisión en los delitos de resultado, no es suficiente verificar que el sujeto esté en una

Una interpretación similar puede encontrarse en GALÁN MUÑOZ, quien además señala que los artículos 176 CP (omisión del funcionario que deja que otro torture a un tercero) y el 415 (omisión realizada por el funcionario que dejase a un tercero destruir los medios de control de acceso a documentos que tuviese bajo su custodia) también son tipos penales de omisión pura o general, posición que comparto. Para este autor es problemático que la pena prevista en algunos numerales del artículo 615 bis sea la misma que la señalada para “los autores”, lo que en su parecer le otorga cierta accesoria respecto del crimen cometido por el subordinado. Por este motivo, propone reformarlo, otorgándole una pena autónoma para dotarlo de independencia respecto de los delitos cometidos por los subordinados<sup>366</sup>. En mi criterio, si bien comparto la necesidad de reformar dicho artículo y reducir la pena de las conductas que tienen pena idéntica a los delitos cometidos por los subordinados, no creo que ello sea un obstáculo para entender que, tal y como está regulado hoy, pueda ser aplicado, entendiéndolo, tal y como lo

---

posición de garante, sino que deben examinarse, además de ello, la concurrencia de más elementos, como el “compromiso efectivo (material) del sujeto y la consiguiente identidad de estructuras, en el plano normativo, entre la comisión activa y la comisión por omisión”. Menciona este autor que la equivalencia (que él denomina “identidad estructural”) entre la omisión y la comisión no puede sustentarse en una mera formalidad, sino que es necesario verificar un compromiso voluntario del sujeto, específico y efectivo, de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados. Tal compromiso, debe haberse adoptado de modo previo al surgimiento de la situación de riesgo y debe estar referido a concretas situaciones de riesgo. Véase en: SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, (38), 1989, pp. 369 y ss; ÉL MISMO, *El delito de omisión...*, 2003, pp. 425 y ss.

<sup>366</sup> Véase en: GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma”, en *Revista Penal*, N° 16, 2005, pp. 80 y ss.

señalé previamente, como una norma que consagra varios tipos penales de omisión pura o propia.

Dicho lo anterior, a continuación me referiré a cada una de las conductas reguladas en el artículo 615 bis. En mi opinión, tal y como lo expliqué previamente, este artículo consagra varios tipos penales de omisión propia diferentes, al menos cuatro según mi criterio. La primera conducta o tipo penal es la referida en los numerales 1º y 4º, esto es la no adopción de medidas al alcance de los jefes militares, asimilados o superiores jerárquicos, para evitar la comisión de crímenes internacionales por parte de las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo. La segunda es la referida en el numeral 2º, esto es la misma conducta mencionada anteriormente pero en imprudencia grave y únicamente por parte de autoridades, jefes militares o quien actúe efectivamente como tal. Por tratarse de conductas similares en su descripción objetiva a las reguladas en los numerales 1º y 4º, cuya única variación se encuentra en el alcance de la responsabilidad subjetiva, dicha distinción será abordada en el acápite siguiente. La tercera es la referida en los numerales 3º y 5º, esto es la no persecución por parte de los jefes militares, asimilados o superiores jerárquicos, de los delitos internacionales cometidos por sus subordinados. Y la cuarta es la referida en el numeral 6º, que consiste en la no promoción de la persecución de dichos crímenes internacionales, pero en este caso por parte de otra autoridad o funcionario diferente que falte en ese sentido a la obligación de su cargo.

Respecto de la conducta de no adoptar las medidas para evitar la comisión de delitos por parte de los subordinados (numerales 1, 2 y 4), ya sea que se realice de forma dolosa o imprudente –sobre lo que se hablará más adelante–, lo que se sanciona aquí no es el resultado, sino la “defectuosa organización del ámbito de competencias” por parte de los jefes militares o superiores jerárquicos<sup>367</sup>. Tal y como lo menciona GARROCHO SALCEDO, cuando los subordinados se propongan cometer crímenes o los estén cometiendo, el superior tiene el deber de reconducir dichas actividades a un estado inocuo o de riesgo permitido, y en caso de no hacerlo, es responsable de tales delitos “al no haber instado las medidas de evitación que dicho aseguramiento requería”<sup>368</sup>. Además, se requiere demostrar el mando y control efectivo –en el caso de los jefes militares o asimilados–, o la competencia –en el caso de superiores civiles– sobre los subordinados, la cual debe ser material y no meramente formal, tal y como se mencionó previamente en relación con el artículo 28 del ECPI, por lo que es posible valerse de los indicios que han sido referidos por la CPI<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> GARROCHO SALCEDO también considera que el artículo 615 bis contiene varios delitos de omisión, aunque para ella no todos son de omisión pura, sino de diversa naturaleza y gravedad, en tanto que también incluye algunos de “comisión por omisión específicamente regulada”. Véase en: GARROCHO SALCEDO, “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 17 (enero de 2017), pp. 47-92.

<sup>368</sup> GARROCHO SALCEDO, “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 17 (enero de 2017), p. 59.

<sup>369</sup> Tales como: (i) la posición oficial del individuo; (ii) su poder para emitir o dar órdenes; (iii) la capacidad de garantizar el cumplimiento de las órdenes emitidas (es decir, asegurarse de que serían ejecutadas); (iv) su posición dentro de la

En relación con la conducta del jefe militar o superior jerárquico que no adopte las medidas para que los crímenes cometidos por los subordinados sean perseguidos (numerales 3 y 5), es claro que este delito de omisión pura solo puede cometerse una vez los delitos de los subordinados ya se han ejecutado, es decir se trata de una conducta sancionada *ex post facto*. Aquí, nuevamente, lo que se sanciona no es dicho resultado (los crímenes de los subordinados) sino la omisión del jefe militar –o asimilado– o superior jerárquico de reprimir, castigar o denunciar tales crímenes. En esa medida, este delito tampoco admite la participación, en tanto únicamente puede ser cometido por quien ostente la posición de jefe militar –o quien actúe efectivamente como tal– o superior jerárquico, por lo que quien lo comete únicamente puede ser calificado como autor, es decir es un delito especial. Se debe verificar en todo caso que estaba en las condiciones de sancionar –por su posición jerárquica– o denunciar tales crímenes, pues en caso de no poder hacerlo no se podría tipificar esta conducta, en tanto no es admisible exigir lo imposible.

En cuanto a la conducta consistente en dejar de promover la persecución de los crímenes internacionales (numeral 6), tal y como se puede encontrar en la descripción típica, incurre en este delito

---

estructura militar y las tareas reales que realizó; (v) la capacidad de ordenar a fuerzas o unidades bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o en un nivel inferior, para participar en hostilidades; (vi) la capacidad de reestructurar unidades o hacer cambios en la estructura del comando; (vii) el poder de promover, reemplazar, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; y (viii) la autoridad para enviar fuerzas donde las hostilidades tienen lugar y retirarlas en cualquier momento dado. Véase: CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II), caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 417.



cualquier tipo de funcionario o autoridad –diferente al jefe militar, asimilado o superior jerárquico, cuya conducta de omisiva en este sentido está regulada en los numerales 3 y 5– que tiene conocimiento de la comisión de tales crímenes y, estando en la obligación de denunciarlos, no lo hace. Nuevamente, se trata de un delito especial, en tanto solo puede ser cometido por los funcionarios públicos que cuentan con dicha obligación, entre los que se encuentran jueces y magistrados del orden penal, miembros del Ministerio Fiscal y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado<sup>370</sup>.

Salvo la necesidad de reformar esta normativa en el sentido de darle una independencia a las penas para las conductas omisivas de los jefes militares o superiores jerárquicos, creo que esta regulación resulta adecuada y necesaria para cumplir los compromisos internacionales asumidos con la ratificación del Estatuto de Roma. Creo que con esta normativa no solo se transliteró el artículo 28 del del ECPI, lo cual hubiese sido, en palabras de FEIJÓO SÁNCHEZ, “sumamente perturbador”<sup>371</sup>; sino que se armonizó con los principios de derecho local. De no haberlo hecho, la única solución aplicable para la imputación de responsabilidad por este tipo de conductas sería el recurso a la comisión por omisión, pero, tal y como se verá a continuación, esta vía tiene algunas deficiencias, como lo es la imposibilidad de imputar al jefe militar o asimilado por hasta por conductas imprudentes, la también imposibilidad de

---

<sup>370</sup> Véase en: FARALDO CABANA, *La responsabilidad por mando...*, 2011, p. 186.

<sup>371</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal de la obediencia del subordinado”, en *Memento penal*, Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), 2011, p. 1747

imputación por conductas realizadas *ex post facto* y, tal vez lo más importante, la mayor dificultad para su configuración, en tanto es preciso equiparar en un mismo plano normativo la conducta omisiva con el delito comisivo, lo cual resulta mucho más exigente desde el punto de vista jurídico-penal.

## **2.2. Responsabilidad del superior jerárquico en comisión por omisión por los delitos cometidos por el subordinado**

La calificación de la intervención en los delitos de comisión por omisión es uno de los temas más polémicos en la teoría de la autoría y la participación<sup>372</sup>, al punto que es común escuchar que se trata del “capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho penal”, tal y como lo señaló KANTOROWICZ en 1910<sup>373</sup>. Pueden encontrarse en este sentido posturas muy diversas, desde aquellas que sostienen que el omitente únicamente puede ser calificado como autor (concepto unitario de autor), hasta la tesis según la cual únicamente puede calificarse su intervención en el plano de la participación. En la mitad de ambas posiciones se pueden encontrar teorías diferenciadoras, según las cuales es posible establecer algunos criterios para distinguir autoría y participación en este tipo

---

<sup>372</sup> Véase en: LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión...*, 2017, pp. 145 y ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1999, pp. 458 y ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1984, p. 632; SCHWAB, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, 1996, p. 122 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 38, 1989, pp. 385 y ss.; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, 2009, pp. 409 y ss.

<sup>373</sup> KANTOROWICZ, *Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft*, 1910/11, pp. 257 y ss.

de casos. A continuación, se expondrán los principales argumentos sostenidos por los defensores estas tesis y luego se indicará la posición que en este trabajo se asume al respecto.

### **a) Posición según la cual el omitente únicamente puede ser calificado como autor**

Hay quienes entienden que el omitente únicamente puede ser calificado como autor, es decir, defienden la denominada tesis del concepto unitario de autor. Entre ellos, se encuentra Armin KAUFMANN, para quien: “en los delitos omisivos ha de partirse del concepto indiferenciado del omitente, algo análogo al concepto unitario de autor”<sup>374</sup>, así como GRÜNWARD, quien califica a la omisión como una forma de intervención propia sustentada en el dominio del hecho, aunque con “distinta clase e intensidad”<sup>375</sup>. Sin embargo, el principal exponente de esta tesis es ROXIN, quien señala que el fundamento de la imputación en los delitos de omisión no se encuentra en el dominio del hecho sino en el deber de evitar el resultado. Para este autor, los delitos de omisión son delitos de infracción de deber, por lo que no es posible distinguir entre autoría y participación en ellos, en la medida en que el no obligado a evitar un resultado sencillamente no respondería ante su realización<sup>376</sup>. No obstante, en *Täterschaft und Tatherrschaft* señala que el sujeto en comisión por omisión podría responder en calidad de partícipe en dos eventos: (i) cuando el hecho típico por él no impedido no se

---

<sup>374</sup> KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, p. 307.

<sup>375</sup> GRÜNWARD, “Die Beteiligung, durch unterlassen”, en *GA*, 1959, p. 113. Citado en: ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, p. 507.

<sup>376</sup> Véase en: ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, pp. 502-510.

pueda realizar por omisión, pese a contar con el deber de hacerlo, que se presentaría en los delitos de propia mano, de infracción de deber personalísimos y de apropiación; (ii) y cuando, incluso pudiendo realizarlo por omisión, no tiene el deber de evitar el resultado<sup>377</sup>. Más recientemente, en el segundo volumen de *Strafrecht Allgemeiner Teil*, aclara y reduce estas excepciones a dos supuestos: los delitos de propia mano y los tipos que requieren un elemento subjetivo del tipo, como sería por ejemplo el ánimo de apropiación o de lucro o de enriquecimiento, el ánimo de asegurar un beneficio o ventaja, la actuación para engañar en el tráfico jurídico, etc.<sup>378</sup>

En relación con la excepción de los delitos de propia mano, en *Täterschaft und Tatherrschaft* propone como el caso de “un militar que tolera de buena gana los actos homosexuales de sus subordinados”, quien no respondería como autor por omisión del § 175 StGB (artículo del Código Penal alemán que criminalizaba la homosexualidad y fue derogado en 1995) porque, en palabras de ROXIN “su conducta impropia no está vinculada a la inmoralidad inherente al impuro acto carnal propio o al contenido específico del injusto que caracteriza el tipo de los abusos homosexuales”<sup>379</sup>, argumento que según él, también aplica para los demás delitos a los que denominábamos de propia mano. Pese a que en la actualidad no se podría utilizar ese mismo ejemplo en la

---

<sup>377</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1999, p. 476.

<sup>378</sup> ROXIN, Derecho penal. Parte General, Vol. 2, 2014, p. 803.

<sup>379</sup> ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1999, p. 479; la versión en español tiene una redacción diferente, véase en: ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, p. 519.

medida en que el §175 StGB fue derogado, la argumentación de fondo de ROXIN sobre este asunto resulta bastante útil, en la medida en que existen muchos otros delitos de propia mano que únicamente pueden cometer los subordinados en calidad de autores, y que, si bien el hecho de tolerar dicha conducta por parte del superior se le debe censurar, dicha imputación no sería a título de autor sino de partícipe. Este sería el caso, por ejemplo, del delito de acceso carnal violento mencionado al inicio de este trabajo. No obstante, ROXIN niega la posibilidad de aplicar este criterio a “delitos de actividad o contra las buenas costumbres”, como sería el caso del cuidador en la institución psiquiátrica que tolera que un interno cometa delitos de abuso sexual en contra de una mujer, indicando que debería responder como autor “por no haber evitado el resultado típico”<sup>380</sup>. Sin embargo, no explica con profundidad cuál es el criterio para imputar en este caso al garante en calidad de autor, más allá de la mayor gravedad de la lesión al bien jurídico por tratarse del menoscabo de la integridad sexual de la mujer. Por el contrario, se contradice con lo dicho por él mismo cuando indica que “los delitos de propia mano nunca son comisibles por omisión”<sup>381</sup>.

## **b) Posición según la cual el omitente únicamente puede responder como partícipe**

Para otro sector de la doctrina el omitente únicamente puede responder como partícipe. En este sentido se puede encontrar a GALLAS, para quien el garante que no impide el delito doloso de

---

<sup>380</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, p. 520.

<sup>381</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, p. 522.

resultado de un tercero únicamente puede responder a título de cómplice, en tanto carecería del dominio del hecho. Comparte esta tesis MIR PUIG para los casos en los que la posición de garante derivada del deber de control de una fuente de peligro consistente en la conducta de terceros (p. ej. el deber de vigilancia de los hijos menores por parte de sus padres). Él considera que en estos supuestos sólo puede responder como autor el vigilado, mientras que el omitente debe responder a título de cooperador necesario por omisión. Sin embargo, este mismo autor excluye expresamente de este planteamiento a “los superiores jerárquicos, en especial los militares, respecto de los actos de sus subordinados, y los funcionarios respecto de los reclusos”<sup>382</sup>.

### **c) Teoría diferenciadora de autoría y participación con base en el dominio del hecho**

Igualmente, se pueden encontrar en la doctrina teorías diferenciadoras de autoría y participación en delitos de omisión a partir de diversos criterios. Entre quienes encuentran factible distinguir autoría y participación en los delitos de omisión con base en el dominio del hecho se encuentra LUZÓN PEÑA, para quien la omisión del garante puede dominar el hecho de un tipo de resultado o incluso determinarlo imprudentemente, caso en el cual será tratado como autor, bien sea de delito doloso o imprudente; o puede

---

<sup>382</sup> MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 2005, p. 327.

solo favorecer la autoría de otro que sí tiene el dominio del hecho, caso en el cual se trata de un partícipe<sup>383</sup>.

#### **d) Teorías diferenciadoras de autoría y participación con base en el origen de la posición de garante**

Otro sector de la doctrina entiende que es posible distinguir autoría y participación en los delitos de comisión por omisión dependiendo del origen de la posición de garante del sujeto, esto es, principalmente orientada a la protección de un bien jurídico o en el control de una fuente de peligro. En el primer grupo de casos los garantes de protección responderían como autores. En el segundo los garantes de vigilancia, control o aseguramiento responderían como partícipes<sup>384</sup>. El principal representante de esta posición es SCHÜNEMANN, quien sostiene que se pueden ejercer dos tipos de dominio sobre la causa o fundamento del resultado: el dominio sobre una causa esencial del resultado y el dominio sobre el desvalimiento de la víctima. Dentro del primer subgrupo se encontrarían dos subtipos: el poder de dominio sobre cosas o actividades peligrosas –que surge en virtud de los deberes del

---

<sup>383</sup> Véase en: LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión...*, 2017, p. 181;

<sup>384</sup> En esta línea se encuentran HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 257 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, *StGB*, antes del § 25, 2014, pp. 103 y ss.; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, 2009, p. 409 y ss.; también SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, pp. 194-196. Referencias a ellos en: LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión...*, 2017, p. 180; ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices...*, 2007, pp. 51-52; SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 38, 1989, pp. 386-387.

tráfico– y el poder de control sobre personas peligrosas –que tienen su fundamento en los deberes de control–. A este último tipo de dominio lo divide en el dominio fáctico sobre incapaces penales y el poder jurídico de mando sobre sujetos con capacidad penal. En este sentido, “el dominio sobre el desvalimiento de la víctima (deber de protección) fundamenta autoría, el dominio sobre una cosa peligrosa (deber del tráfico), en cambio, sólo complicidad”<sup>385</sup>; mientras que el dominio sobre personas peligrosas (deberes de control) podría dar lugar tanto a una autoría mediata en los casos de incapacidad del sujeto que actúa, como a una inducción por omisión en el caso de que el autor cuente con capacidad. Al respecto, es importante precisar que Schünemann entiende que el Derecho penal reposa sobre la base de un principio de autonomía personal, sustentado en la libertad del individuo, por lo que no es posible hacer responsable a alguien por las decisiones incorrectas de otro. En esto consistiría la prohibición de regreso<sup>386</sup>. Sin embargo, cabe la responsabilidad del hombre de detrás (*Hintermann*) cuando este cuenta con poder de control y mando sobre la persona que se encuentra adelante. Esta situación se presentaría en dos situaciones. En primer lugar, cuando la persona de enfrente tiene la capacidad psíquica disminuida, que sería el caso de niños, niñas, adolescentes y personas con trastornos mentales. En segundo lugar, en el caso de dominio sobre personas con capacidad parcial, tal como sucede en la relación entre superior y subordinado prevista en el § 357 del Código Penal alemán. Este último supuesto es precisamente el

---

<sup>385</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, 2009, p. 428.

<sup>386</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, 2009, pp. 371 y ss.



objeto de estudio en este trabajo, esto es, el alcance de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por los subordinados. Al respecto, señala Schünemann que en este tipo de responsabilidad “el alcance de los deberes de garantía se deriva a su vez del alcance del poder de dominio”<sup>387</sup>, pero más importante aún, menciona que tiene un límite, consistente en la *posibilidad de influir* sobre la persona. Afirma que el dominio sobre la persona termina en el momento en el que se pierde la posibilidad de influir sobre ella<sup>388</sup>.

En esta línea, aunque con distinto fundamento, se encuentra JAKOBS. Tal y como se explicó previamente, para este autor las posiciones de garante tienen su origen en la propia estructura de la sociedad, en la que se pueden identificar dos fundamentos de responsabilidad, los deberes negativos y los deberes positivos, que dan lugar –respectivamente– a la competencia por organización y a la competencia institucional<sup>389</sup>. Esta distinción tiene importantes

---

<sup>387</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, 2009, p. 377.

<sup>388</sup> Señala en este sentido que: “en los delitos de personas que obran responsablemente, por el contrario, el fundamento del resultado reside en su voluntad delictiva, y en cuanto aquí se ha perdido la posibilidad de influir se acaba asimismo el dominio sobre la persona; el *nudum ius* que subsiste no puede fundamentar la equivalencia de la acción. Debido al *principio de responsabilidad*, ¡el dominio sobre personas (y por tanto también el deber de garantía correspondiente) es por tanto significativamente más restringido que el dominio sobre cosas!”. SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, 2009, p. 379.

<sup>389</sup> Véase en: JAKOBS, *Derecho penal. PG*, 1997, pp.972 y ss.; JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 15 y ss.; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho* 2001, p. 13 y ss.; MONTEALEGRE LYNETT / PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal...*, 2006, pp. 5 y ss.; NAVAS, *Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en Derecho penal*, 2015, pp. 680 y ss.; PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, 2008, p. 36; ROBLES PLANAS, *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*, 2013, p. 5. No obstante, señala SILVA SÁNCHEZ que el verdadero origen de esta distinción se encuentra en RÖDIG (quien murió a los 33 años y sus colaboradores publicaron su

implicaciones para el estudio que aquí se realiza, en la medida en que, mientras que en los delitos entendidos en el marco de la competencia por organización es posible realizar una graduación de la intervención con base en un análisis cuantitativo de la transgresión del deber negativo, en los de competencia institucional no es posible<sup>390</sup>. El incumplimiento de los deberes positivos da lugar a lo que JAKOBS entiende como delitos de infracción de deber, en los que la asignación de autoría y participación varía, en tanto no se utiliza un criterio cuantitativo sino uno cualitativo, por cuanto toda contribución al hecho es autoría, aunque se trate de aportes insignificantes, siempre y cuando se trate del titular del rol –*intra-neus*– esto es, del portador de la competencia institucional. Cualquier otro tipo de contribución, por más importante que sea, si no es realizada por el titular del rol –*extra-neus*– se tiene como participación<sup>391</sup>.

---

texto acabado). Véase en: SILVA SÁNCHEZ, “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, 1997, nota al pie 54.

<sup>390</sup> Véase en: MONTEALEGRE LYNETT / PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal...*, p. 74; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, 2003, p. 282; SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 181 y ss.

<sup>391</sup> Para respaldar el concepto unitario de autor formulado por Jakobs para los delitos de competencia institucional, Caro John pone como ejemplo el caso del expresidente del Perú, Alberto Fujimori, quien dispuso que grupos del servicio de inteligencia del ejército cometieron asesinatos y desapariciones selectivos bajo la premisa de que las víctimas eran “terroristas”. Fue condenado por la Corte Suprema de Justicia como autor mediato a través del empleo de un “aparato organizado de poder”. No obstante, para Caro John el alto tribunal erró en la calificación de su intervención, en tanto Fujimori, al ser el jefe supremo de las fuerzas armadas de su país, contaba con un deber institucional de garantizar la completa juridicidad de las actuaciones del Estado, esto es, se encontraba positivamente obligado a velar por el respeto del derecho. Por ello, para él no cabe hablar de autoría mediata ni coautoría ni participación, en tanto “infracción

En mi opinión, si bien comparto la fundamentación que JAKOBS propone de las posiciones de garante en virtud de una competencia institucional, esto es, la afirmación de que surgen en virtud de la importancia que tienen determinadas instituciones para la vida en sociedad; difiero de la conclusión en el sentido de que todo aquel que incurra en un incumplimiento del deber (posición de garante) de inmediato sea considerado como autor (concepto unitario), sin discriminar el peso de su aportación al resultado típico. Creo que dicha afirmación es válida únicamente para los delitos de omisión pura o propia, pero en los delitos de comisión por omisión sí es posible distinguir autoría y participación en la intervención con base en criterios cuantitativos. Si bien es cierto que en organizaciones institucionales le es más exigible a quien ostenta la posición de garante no apartarse del cumplimiento de su deber, también lo es que ello no implica automáticamente que al hacerlo se lo debe calificar como autor del resultado típico. En este tipo de escenarios también se debe analizar si el hecho puede atribuírsele al garante como propio, esto es en calidad de autor, o si cabe imputárselo como alguien que lo ha favorecido, esto es, como un partícipe.

---

de deber y accesoriidad son incompatibles”. Caro John, *La autoría delictiva del expresidente Alberto Fujimori*, 2014, p. 11 y ss. Para JAKOBS quien incluso: “en el supuesto de que no hubiera promovido Fujimori los asesinatos, sino que éstos hubieran llegado a su conocimiento y no hubiera intervenido, sería igualmente autor por omisión”. Véase en: JAKOBS, *Participación*, 2014, p. 126,

## **e) Teoría diferenciadora de autoría y participación con base en el criterio de la identidad estructural con la comisión activa**

SILVA SÁNCHEZ señala que la mera verificación de la posición de garante no fundamenta por sí misma la atribución de responsabilidad, esto es, no es suficiente para equiparar la omisión con la comisión en los delitos de resultado. En su criterio deben examinarse, además de ello, la concurrencia de más elementos, como “la identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa”<sup>392</sup>. Tal juicio de “identidad estructural” entre la omisión y la comisión se proyecta sobre la realización de los tipos de la Parte Especial, los cuales a su turno están contruidos sobre la idea de que quien los realiza es el autor. Por tanto, toda omisión estructuralmente idéntica a la comisión activa del delito daría lugar a una autoría.

Sin embargo, señala este autor que también pueden presentarse escenarios de participación por omisión cuando “la *identidad estructural* no se establece con la realización activa de un tipo de la Parte Especial, sino con el *tipo del partícipe*”<sup>393</sup>. Esto se presentaría cuando el *compromiso voluntario* del sujeto de actuar a modo de *barrera de contención* se refiere: “no al riesgo que de modo directo e inmediato se realiza en el resultado, sino a otros que contribuyen a

---

<sup>392</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 38, 1989, p. 388.

<sup>393</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 38, 1989, p. 389.

que el mismo se realice”<sup>394</sup>. Señala que esta situación se daría en dos supuestos, que serían los mismos mencionados por ROXIN<sup>395</sup>. El primero cuando al omitente le faltan los elementos subjetivos de autoría del delito, o cuando este no puede cometerse por omisión, lo que sucedería en los delitos de mera actividad, de propia mano, de medios determinados o de apropiación. El segundo cuando el compromiso efectivo de actuar a modo de barrera de contención del riesgo está dirigido a un sujeto que actúa por su parte también como partícipe<sup>396</sup>.

No obstante lo anterior, señala SILVA SÁNCHEZ que la comisión por omisión nunca podría realizarse a través de una inducción, por lo que sólo quedaría la posibilidad cooperación necesaria o de la complicidad. Aclara en este sentido que la primera se presentaría en el caso de la “no actuación sucesiva al compromiso”<sup>397</sup> por parte del omitente, pues de haber obrado en control de riesgo habría impedido la realización del resultado lesivo, aclarando nuevamente que la identidad estructural no se refiere al tipo de la parte especial sino al de participación. Por el contrario, se presentaría la complicidad cuando lo no impedido se refiere a un hecho activo de

---

<sup>394</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 38, 1989, p. 389.

<sup>395</sup> Manifiesta esta similitud: ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices...*, 2007, p. 54.

<sup>396</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 38, 1989, p. 390.

<sup>397</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 38, 1989, p. 390.

complicidad, pues “dicha complicidad activa no es condición necesaria de la producción del resultado final”<sup>398</sup>.

## **f) Teoría diferenciadora de autoría y participación con base en el criterio del grado de configuración del injusto**

Tal como se indicó previamente, ROBLES PLANAS parte de una propuesta metodológica consistente en, primero, fundamentar la responsabilidad del interviniente y, luego, calificar el título de su intervención. En cuanto a esta segunda etapa, indica que dicha calificación depende de la importancia de la omisión en la configuración del hecho. Si tiene una limitada configuración del hecho se estaría ante un supuesto de participación por omisión. Si, por el contrario, se trata de una configuración relevante del hecho se trataría de una aportación de autoría<sup>399</sup>.

ROBLES PLANAS concreta su propuesta señalando distintos grupos de casos sobre la base de la auto-responsabilidad del sujeto actuante. El primer grupo se presentaría en aquellos eventos en los que se trate de evitar que surjan peligros del propio ámbito de organización que faciliten o favorezcan la conducta delictiva de terceros. En la medida en que se trata de peligros surgidos del propio ámbito de organización que se convierten en delito por la actuación de un sujeto auto-responsable, señala que es dicho sujeto

---

<sup>398</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, n° 38, 1989, p. 391.

<sup>399</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 74.

quien ha configurado en mayor medida el hecho, por lo que la aportación del omitente debe ser calificada en el ámbito de la participación. El segundo grupo de casos estaría compuesto por aquellos eventos caracterizados por el control de la conducta de terceros peligrosos, en los que igualmente debe distinguirse el grado de auto-responsabilidad del tercero. Si este es “constitutivamente irresponsable” el omitente generalmente respondería como autor mediato. Si se trata de un tercero “funcionalmente irresponsable”, como por ejemplo, en los casos de aprendizaje, el tutor igualmente por regla general debería responder como autor en los términos estipulados al asumir su labor. Finalmente, el otro grupo de casos estaría compuesto por supuestos de “asunción de una posición que implica la contención de determinados riesgos para determinadas personas o intereses”, en los que la calificación de la conducta omisiva depende de la capacidad del sujeto agresor. Si se trata de un individuo que no es plenamente responsable (por una disminución psíquica o una situación de embriaguez patológica) el omitente debería responder como autor. Si, por el contrario, el agresor es un sujeto auto-responsable, el omitente debe ser calificado como partícipe<sup>400</sup>.

De esta forma, ROBLES PLANAS utiliza el baremo de la capacidad del sujeto agresor comisivo para concretar su propuesta de calificación de la intervención del omitente. Así, en la medida en la que se pueda identificar mayor *libertad* por parte del sujeto agresor (que en nuestros casos objeto de análisis sería el inferior jerárquico

---

<sup>400</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 77. ÉL MISMO, *Los dos niveles de la intervención...*, 2012, p. 20.

que responde como autor), será más evidente que la conducta del omitente debe ser calificada en el ámbito de la participación. Por el contrario, si el agresor carece de dicha *libertad*, la calificación de la intervención del omitente se ubica en el plano de la autoría<sup>401</sup>. Señala asimismo que, en el marco de la valoración de la calificación de la intervención, también cobran relevancia otros factores, como “la infracción de deberes especiales y la existencia de otros elementos de contenido comunicativo que agravan el injusto de la conducta de ese interviniente en la medida en que se traducen en el injusto del hecho”<sup>402</sup>. Menciona que también se debe tener en cuenta “el injusto personal de cada interviniente en relación con el hecho colectivo” y “el grado de probabilidad de lesión del bien jurídico y el grado de afectación al mismo”.<sup>403</sup>

Parecería que a partir de este enfoque se podría calificar en la mayoría de las ocasiones la conducta del superior jerárquico en el ámbito de la participación, precisamente porque, generalmente, no configura en su totalidad el injusto que finalmente es ejecutado por un tercero que actúa con plena capacidad y libertad. Sin embargo, indica ROBLES PLANAS que en estructuras organizadas

---

<sup>401</sup> Es importante recordar que, para este autor, con el principio de auto-responsabilidad “no sólo se reconoce que todo individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su libertad, sino también se garantiza no hacer responsable a alguien por un hecho que no es consecuencia del ejercicio de su autonomía individual, sino de la de otro”. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito...*, 2003, p. 109; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 17-20.

<sup>402</sup> ROBLES PLANAS, *Los dos niveles de la intervención...*, 2012, p. 7.

<sup>403</sup> En este ámbito menciona que se deben tener en cuenta: “entre otros aspectos, la aptitud de la aportación, el lapso de tiempo entre conducta y resultado, la distancia en el espacio, la posibilidad de incidencia de cursos salvadores, la decisión sobre la intensidad de la lesión, etc.”. ROBLES PLANAS, *Los dos niveles de la intervención...*, 2012, p. 7.



jerárquicamente el injusto del omitente (superior jerárquico) suele ser igual o incluso mayor en intensidad al de los intervinientes activos, incluyendo a los ejecutores, lo que se debe a que dichas omisiones pueden valorarse en su contexto como infracciones especialmente graves, debido a sus deberes en relación con la posición que ocupan<sup>404</sup>.

### **2.3. Toma de postura**

En mi opinión, la responsabilidad del jefe militar o superior jerárquico por los excesos cometidos por sus subordinados solo se puede dar en el plano omisivo. Ahora bien, dicha responsabilidad omisiva dependerá del ordenamiento jurídico del que se trate. En el caso de España en donde existen diversos tipos penales especiales de omisión propia o pura, referidos exclusivamente a la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados, tal y como el artículo 615 bis CP, no hay mayor inconveniente, en tanto la responsabilidad del superior jerárquico –militar, asimilado o no militar– está claramente delineada, por lo menos en lo que tiene que ver con delitos internacionales, frente a los cuales respondería en calidad de autor, no por el hecho delictivo cometido por el subordinado, sino por su propia conducta omisiva, bien sea de forma previa al delito que finalmente es cometido (numerales 1, 2 y 4) o con posterioridad (numerales 3, 5 y 6).

---

<sup>404</sup> ROBLES PLANAS, *Los dos niveles de la intervención...*, 2012, p. 18.

Para el caso de delitos que no reúnan dichas características y cuya omisión por parte del superior jerárquico no se encuentre regulada en otro delito de omisión propia o, para el caso de ordenamientos jurídicos, como el colombiano, en los que no hay una normativa similar de omisión propia por los delitos cometidos por los subordinados, también es posible identificar la responsabilidad del omitente, pero a partir de una vía jurídica distinta, eso es desde la cláusula general de responsabilidad de omisión impropia o de comisión por omisión. En este escenario el baremo para catalogar la intervención del omitente –el superior jerárquico, para los casos que son objeto de análisis– en el plano de la autoría o de la participación no puede provenir de la gravedad del delito, sino de criterios dogmáticos para que el operador jurídico valore los hechos sometidos a su juicio. De esta forma, la aplicación, tanto de un concepto unitario de autor como de uno irrestricto de participación en delitos de comisión por omisión vulnera el principio de culpabilidad, al restringir de forma inadecuada el ámbito de valoración del operador jurídico sobre la calificación de la intervención del sujeto cuyos hechos son sometidos a su conocimiento<sup>405</sup>.

---

<sup>405</sup> Así también lo sostiene WEIGEND, para quien “no puede ser que (...) se mida sin más a todas las personas implicadas de algún modo en un hecho por el mismo rasero y se les castigue como autores, pues la diferenciación entre diversas formas de intervención en el hecho, más próximas y más lejanas, más intensas y marginales, así como en la distinción entre conducta dolosa y conducta meramente imprudente-inconsciente, se encarna la idea irrenunciable de justicia según la cual cada uno debe recibir lo que merece (lo cual se corresponde con la medida de su concreta implicación en el hecho que se le ha de imputar). Esta idea es irrenunciable precisamente en derecho penal, pues el derecho penal tiene, como casi ninguna otra materia del derecho, carácter expresivo, porque, por consiguiente, la fuerte intervención del Estado frente al autor del delito se

En esa medida, creo que cada caso debe ser valorado conforme a las circunstancias particulares. En dicha valoración resulta de gran utilidad el baremo del grado de configuración del injusto – propuesto por ROBLES PLANAS– para calificar la intervención del omitente en casos de pluralidad de conductas típicas que dan lugar al resultado típico. Aplicando dicho criterio al problema jurídico aquí planteado –esto es: casos de exceso en los crímenes cometidos por los subordinados– es claro que, pese a que el superior jerárquico ha intervenido en el hecho, no lo ha configurado plenamente y por ello es que el inferior jerárquico se ha excedido, actuando con plena capacidad y libertad, eso es, de manera auto-responsable. Si bien, como se vio, dicha auto-responsabilidad no excluye la imputación al jefe o superior jerárquico que ha intervenido en la configuración del injusto, sí es relevante para calificar su intervención, en tanto dicho exceso evidencia que ha perdido la “capacidad de influir”<sup>406</sup> sobre el sujeto auto-responsable. Por ello, en mi opinión, en este tipo de supuestos lo más apropiado es calificar su intervención como un partícipe. Creo que cuando el subordinado se excede en la ejecución material de lo que inicialmente le fue ordenado, la participación del jefe militar o superior jerárquico adquiere un papel secundario. Es el agresor inmediato, al ser un ser libre y no un mero instrumento, quien decide si realiza lo que se le ha indicado u otro delito y la forma en lo que lo hará. El jefe militar o superior jerárquico

---

justifica precisamente con la necesidad de expresar de forma ostensible el sentimiento de justicia de la generalidad”. WEIGEND, “Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional”, en: *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), 2018, pp. 134-135.

<sup>406</sup> SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites...*, 2009, p. 377.

responderá por el riesgo creado sólo en la medida en que efectivamente sea realizado por el autor material y, por tanto, de forma accesoria a tal realización. La calificación de la intervención concreta dependerá de las figuras de participación que se tengan previstas en el respectivo ordenamiento jurídico. Así, en el ordenamiento español respondería como cooperador necesario, mientras que en ordenamientos jurídicos como el alemán o el colombiano, en los que no está prevista dicha figura, deberían responder como cómplice.

### **3. Análisis de tercer nivel: la imputación subjetiva del injusto**

En el tipo subjetivo se examina el fuero interno de quien emprendió una acción o incurrió en la omisión de cumplir con un deber que le correspondía, creando o aumentando un riesgo jurídicamente desaprobado, a causa del cual lesionó o puso en peligro un bien jurídico<sup>407</sup>. Se entiende que el tipo penal puede ser atribuido al individuo subjetivamente en virtud de su comportamiento doloso o imprudente (dolo o culpa)<sup>408</sup>. Si bien este análisis es realizado en el

---

<sup>407</sup> Parte de la doctrina aún no comparte la ubicación del dolo y la culpa en la tipicidad, que fue una consecuencia del concepto de “acción final” propuesto por WELZEL. Al respecto: REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1996, p. 65 y s.

<sup>408</sup> Véase en: RAGUÉS I VALLÈS: “Valoración de la prueba y determinación procesal del dolo”, en *Revista internacional Derecho Penal Contemporáneo*, No. N° 48 Jul.-Ago. 2014, p. 7. Aunque en algunos ordenamientos, como el colombiano, también se pueden encontrar otras figuras, como la preterintención, que es un rezago del principio medieval conocido *versari in re illicita*, esto es, la atribución de responsabilidad a quien causa un resultado lesivo como

ámbito del tipo subjetivo, parte de la idea de que nadie puede ser considerado responsable de un hecho sin que haya contado con libertad para cometerlo: “solo aquel comportamiento que es evitable merece ser castigado como delito”<sup>409</sup>.

Los delitos dolosos son castigados mucho más severamente que los imprudentes. El fundamento de esta disímil sanción es, al parecer, el contenido expresivo de una y otra conducta. El comportamiento doloso implica un mensaje de negación de los valores compartidos por un sistema social, por lo que el individuo que envía esa comunicación se hace merecedor de una respuesta con otro mensaje, mediante en el que se reafirman dichos valores. En cambio, en la imprudencia el individuo no emite una comunicación de ese tipo –o al menos no de forma deliberada–, por lo que el fundamento para punir estas conductas es distinto, se sustenta en la peligrosidad de su conducta<sup>410</sup>.

Como se vio previamente, el alcance de la responsabilidad penal subjetiva del superior jerárquico con base en el artículo 28 del ECPI varía dependiendo si se trata de un jefe militar o asimilado –quienes responden hasta la imprudencia– o de superiores civiles –cuya responsabilidad solo alcanza hasta el dolo–. Dicho estándar también se incorporó, para el caso del ordenamiento jurídico español, con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, a través de la cual se

---

consecuencia de una conducta inicial ilícita, incluso si aquel resulta imprevisible. Véase en: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 2011, p. 308 y s.

<sup>409</sup> RAGUÉS I VALLÈS: “Valoración de la prueba y determinación procesal del dolo”, en *Revista internacional Derecho Penal Contemporáneo*, No. N° 48 Jul.-Ago. 2014, p. 7.

<sup>410</sup> Véase en: RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en *Discusiones*, (XIII-2), 2013, p. 12.

introdujo el artículo 615 bis en el Capítulo IV del Código Penal. En esta norma también se incorporó la responsabilidad de los jefes militares o que actúen como tal hasta la imprudencia grave (con una pena menor) por no adoptar medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de ciertos delitos internacionales. De hecho, fue más allá y también consagró este alcance de responsabilidad imprudente para la “autoridad”, lo que también cobijaría a otro tipo de superiores diferentes a los militares o asimilados, siempre y cuando pertenezcan a entidades como las descritas en el art. 24 CP<sup>411</sup>. Por el contrario, en relación con los superiores civiles, no se dijo nada acerca del alcance de su responsabilidad subjetiva, por lo que se entiende ellos solo serían responsables por sus propias conductas dolosas en relación con los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados.

Dicho estándar de responsabilidad jurídico-penal subjetiva está referido exclusivamente para ciertos crímenes internacionales o de Derecho penal internacional –específicamente para el genocidio (art. 607 CP), delitos de lesa humanidad (art. 607 bis) y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (arts. 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614 y 614 bis)–, los cuales requieren de la configuración de algunos elementos dependiendo del delito del que se trata, como por ejemplo sistematicidad,

---

<sup>411</sup> Véase en: GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma”, en *Revista Penal*, N° 16, 2005, p. 82.

gravedad o notoriedad manifiesta<sup>412</sup>. Para otro tipo de delitos que no reúnan dichas características –o para el caso de ordenamientos jurídicos que no hayan transpuesto el artículo 28 del ECPI, como sería el caso colombiano– también es posible la imputación jurídico-penal a los jefes militares o superiores jerárquicos por omisión por los delitos cometidos por sus subordinados, pero con base en las cláusulas generales de comisión por omisión u omisión impropia. Sin embargo, como lo mencionaré más adelante, creo que esta vía el alcance de la responsabilidad subjetiva varía, en tanto, en mi criterio, no es posible que el jefe o superior jerárquico responda hasta por la imprudencia sino únicamente por conductas dolosas, incluido el dolo eventual.

### **3.1. El alcance de la imputación subjetiva dolosa**

Tradicionalmente se ha considerado que un sujeto actúa dolosamente cuando sabe que está cometiendo un tipo penal y además quiere tal realización, es decir, se ha entendido que el conocimiento y la voluntad son los elementos esenciales de la imputación subjetiva dolosa. Sin embargo, actualmente, buena parte de la doctrina rechaza que el elemento volitivo sea un requisito indispensable para que se configure este tipo de imputación subjetiva<sup>413</sup>. Lo mismo ocurre en el marco de las omisiones y en

---

<sup>412</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 17 (enero de 2017), p. 69.

<sup>413</sup> En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ –en una recensión escrita en 1987 sobre un texto de Schünemann–, indicó las bases sobre las cuales debería construirse una correcta distinción entre dolo eventual y culpa consciente. Para él, un

relación con la responsabilidad omisiva del superior jerárquico<sup>414</sup>, formas de la responsabilidad en las que la doctrina mayoritaria también prescinde del elemento volitivo para para configuración de la imputación subjetiva dolosa, siendo el conocimiento el elemento determinante de este tipo de responsabilidad subjetiva<sup>415</sup>.

El TS estima que, para que una conducta en comisión por omisión sea considerada dolosa, es preciso que el garante conozca que (i) concurre una situación típica de riesgo para bienes jurídicos que le

---

planteamiento correcto debe partir de la comprensión de que: (i) lo esencial en el dolo es el conocimiento (conocimiento del riesgo concurrente ex ante en la conducta, pues es este el objeto del dolo); (ii) la voluntad no es un elemento del dolo sino de la acción, (iii) la voluntad es un elemento característico de una clase de dolo, pero no sustituye la necesidad de conocimiento y su verdadera importancia viene dada por el incremento en el riesgo para el bien jurídico, esto es, no por un especial desvalor subjetivo; (iv) los elementos subjetivos del injusto son, por un lado, un elemento objetivo de sentido –el riesgo para el bien jurídico– y, por otro lado, el elemento subjetivo, que no es otra cosa que el dolo (el conocimiento); (v) lo característico de la culpa consciente es que el sujeto no llega a conocer completamente el riesgo de su conducta. SILVA SÁNCHEZ, “Recensión a Schünemann, GA, 1985”, en: *ADPCP*, 1987, p. 545. A partir de dichos planteamientos, RAGUÉS I VALLÈS indica que lo decisivo para el dolo es, exclusivamente, que existen riesgos objetivamente relevantes y que los sujetos han sido conscientes de ellos. Por ello, e insatisfecho con la clasificación tripartita del dolo –en tanto se trata una creación doctrinaria que no encuentra asidero en la legislación penal, más allá de algunas referencias a la intencionalidad–, es partidario de su eliminación, ante su sinsentido, en la medida en que de ella no se deriva ningún efecto, ni desde la tipicidad ni desde la pena a imponer. Con base en ello este mismo autor propone la siguiente definición que compartimos del dolo. Para él: “existe dolo cuando, a partir del *sentido social* de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 521.

<sup>414</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 381 y ss.

<sup>415</sup> Véase en: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2011, pp. 1012 y ss., quien entiende que se presentaría una conducta omisiva dolosa cuando el sujeto es consciente de que su conducta conduce a la realización del delito, sin necesidad de que se presente una resolución o un querer activo de su parte, es decir, actitudes internas o elementos que indiquen alguna intención.



obliga a actuar; (ii) su capacidad de actuar para evitar o neutralizar dichos riesgos y (iii) las circunstancias que fundamentan su posición de garante<sup>416</sup>. Con base en ello, GARROCHO SALCEDO menciona que para que se configure la responsabilidad dolosa del superior jerárquico en comisión por omisión, el conocimiento no solo debe estar referido a la comisión dolosa de conductas delictivas por parte de sus subordinados, sino que también debe estar orientado a las circunstancias que delimitan su posición de garantía. En esa medida, señala que el superior jerárquico debe conocer: (i) que concurre una situación típica de peligro para bienes jurídicos; (ii) que ese riesgo proviene de focos de peligro sometidos a su poder de mando o autoridad y control efectivo, siendo necesario que sea consciente de que dicho hecho lesivo está vinculado a su posición de garante y (iii) que tenga capacidad para evitar o neutralizar dichos riesgos<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> SSTS de 30 de junio de 1998 y de 24 de octubre de 1990; STS 1648/1999, de 22 noviembre; STS 1061/2009, de 26 octubre). Sentencias referidas por GARROCHO SALCEDO en: *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 382; ELLA MISMA: “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 17 (enero de 2017), p. 68.

<sup>417</sup> GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión...*, 2016, p. 381 y ss.; ELLA MISMA: “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 17 (enero de 2017), pp. 68-69.

## a) La intervención del superior jerárquico en casos de ignorancia deliberada

Un análisis particular, en el marco del alcance de la imputación subjetiva dolosa a los jefes o superiores jerárquicos por los delitos cometidos por sus subordinados, merecen los supuestos de ignorancia deliberada –o *willful blindness*, según el origen anglosajón del término<sup>418</sup>–. En este tipo de casos, el sujeto –el jefe o superior jerárquico, para los casos que aquí se analizan– se coloca deliberadamente a sí mismo en una situación de ceguera –tal y como lo indica el nombre de la figura– ante las circunstancias de sus propios hechos o, como RAGUÉS I VALLÈS la define, se trata de “la evitación intencionada del conocimiento”<sup>419</sup>.

---

<sup>418</sup> Si bien la tesis de la equiparación del desconocimiento provocado al conocimiento efectivo fue desarrollada en el *common law* desde la segunda mitad del siglo XIX, en los casos *Regina v. Sleep* (sentencia del juez inglés *Willes* de 1861) y *Spurr v. United States* (sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. de 1989), no fue sino hasta la década de 1970, a partir del caso *United States v. Jewell*, que empezó a aplicarse de manera generalizada para los casos de transporte de droga. En este caso la defensa del acusado alegó que éste desconocía que llevaba en un compartimento secreto de su coche 110 libras de marihuana al cruzar la frontera entre México y EE.UU.; sin embargo, la Sala de Apelaciones del 9º Circuito no atendió su recurso al considerar que: “la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo presentan un mismo grado de culpabilidad... uno ‘sabe’ hechos de los cuales está menos que absolutamente seguro. Por lo tanto, actuar ‘a sabiendas’ no es necesariamente actuar solo con conocimiento positivo, sino también actuar con conciencia de la alta probabilidad del hecho en cuestión”. Véase en: KAPLAN/WEISBERG/BINDER, *Criminal Law: Cases and Materials*, 2012, p. 225; OXMAN, *Sistemas de imputación subjetiva...*, 2016, p. 103; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 10 y ss.; ÉL MISMO, “Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en: *Discusiones*, (XIII-2), 2013, pp. 13 y ss.

<sup>419</sup> RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en: *Discusiones*, (XIII-2), 2013, p. 12.

En los países de tradición jurídica europea continental con influencia germánica los casos de ignorancia deliberada han sido abordados a través de la figura del dolo eventual<sup>420</sup>. Incluso un sector minoritario de la doctrina entiende que se trata de supuestos de “dolo indirecto” sustentado en la “falta de lealtad al derecho”<sup>421</sup>. Esto se explica en la medida en que el dolo en la dogmática penal europea continental con influencia germánica tiene un amplio espectro, que abarca tanto supuestos en los que se actúa voluntariamente, como aquellos en los que se actúa con indiferencia frente a su ocurrencia o se deja librado al azar<sup>422</sup>.

---

<sup>420</sup> Véase en: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 10 y ss.

<sup>421</sup> Véase en: JAKOBS, Günther. “Indiferencia como Dolo indirecto”, en: *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 347.

<sup>422</sup> El TS español ha utilizado esta tesis más que todo para casos de transporte de drogas, entendiéndola como una situación en la que un sujeto se beneficia de un ilícito “que no quiere saber pero está en la obligación de conocer”. Véase: STS de 10 de diciembre de 2000 (ponente Giménez García). SSTS de 16-10-2000 o 22-5-2002 (ponente Giménez García). Salvo unas excepciones, ha interpretado que los casos de ignorancia deliberada son una modalidad de dolo eventual, recurriendo para ello a la “teoría del asentamiento”, según la cual “la esencia del dolo eventual (está) en que el agente si bien desconoce en todos sus detalles el acto ilícito penal en el que se encuentra involucrado, lo asume en la medida que acepta todas las consecuencias de su ilícito actuar”. Véase: ATS de 4 de julio de 2002 (ponente: Martínez Arrieta). No obstante, en otras decisiones del alto tribunal se han fijado posturas abiertamente distintas. En la STS 797 de 20 de julio de 2006 (ponente Bacigalupo Zapater) se rechaza incluso la idea conceptual de la ignorancia deliberada, en tanto “tales expresiones no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no sabe. La *contradictio in terminis* es evidente”. STS 797 de 20 de julio de 2006, ponente: Bacigalupo Zapater. En otras decisiones, en cambio, se acepta esta modalidad delictiva; sin embargo, se entiende que no hace parte del dolo eventual sino que se trata de una nueva forma de imputación del tipo subjetivo. En este sentido se encuentra la STS 442 de 2 de febrero de 2009 (ponente Marchena Gómez), según la cual la ignorancia deliberada se puede asimilar al dolo eventual cuando se configuren los siguientes requisitos: (i) una falta de representación

No obstante, la forma en la que se ha utilizado esta figura ha sido objeto de fuertes críticas. En primer lugar, porque, tal y como ha ocurrido con otras figuras dogmáticas importadas del *common law*, la ignorancia deliberada no ha sido utilizada como una forma de imputación del tipo subjetivo, sino como un mecanismo para solucionar deficiencias probatorias para atribuir al sujeto el hecho típico<sup>423</sup>. En segundo lugar porque, precisamente por la amplia constelación de casos que cobija el dolo, se estaría vulnerando el principio de culpabilidad, en la medida en que el reproche que se le hace a un sujeto que actúa con plena intención de cometer el ilícito no puede ser el mismo que el que se le realiza a quien opta deliberadamente por desconocer de su –posible o probable– realización y, por tanto, no sabe a ciencia cierta si finalmente se cometió<sup>424</sup>. En esa medida, algunos autores señalan que la ignorancia deliberada no es sino un supuesto de error sobre los

---

suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo que se trate. Aquí resalta el tribunal que la absoluta falta de representación impide por completo una imputación dolosa, pero la sospecha puede ser reveladora de la indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos protegidos, pues, pese a pese a representarse el riesgo que su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido. (ii) Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia. Aquí, pese a que el individuo se halla en condiciones de deponer de la información que se pretende evitar, opta por desconocer aquello que puede ser conocido, determinación que ha de prolongarse en el tiempo. (iii) Un componente motivacional. Aquí, debe identificarse un propósito de beneficiarse del estado de ignorancia, “eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal”.

<sup>423</sup> SSTs de 15 de febrero de 2011 y 5 de abril de 2011 (ponente Martínez Arrieta).

<sup>424</sup> Véase al respecto: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 10 y ss.; ÉL MISMO, “Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en: *Discusiones*, (XIII-2), 2013, pp. 13 y ss.; ÉL MISMO: “La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico-empresarial”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Llinares (Ed.), 2013. Pp. 289 y ss.

elementos del tipo, independientemente de que haya sido provocado por el mismo individuo, en tanto la normativa española que regula el error no hace una distinción al respecto, por lo que tampoco podría hacerlo el funcionario judicial que la interpreta y aplica<sup>425</sup>. En tercer lugar, tal vez la crítica con más peso ha consistido en que la aplicación de la ignorancia deliberada a título de dolo eventual se trataría de un caso de dolo sin conocimiento, lo que resulta polémico y contradictorio en la dogmática penal europeo continental en la medida en que, si bien se ha aceptado que la voluntad no es un elemento indispensable para que se configure la imputación subjetiva dolosa, se ha mantenido al conocimiento como un requisito indispensable de esta forma de responsabilidad desde el tipo subjetivo.

En mi opinión, si el individuo se coloca a sí mismo en una situación de ignorancia ante posibles delitos que se deriven de su propia conducta, ello necesariamente implica un primer momento o estadio en el que previó una posible afectación que se hubiese podido evitar protegiendo el bien jurídico o controlando la fuente de riesgo. En ese primer momento es posible identificar el conocimiento requerido para que se configure una imputación subjetiva dolosa. Por tanto, si es posible identificar dicha previsibilidad, no encuentro inconveniente alguno en la imputación del resultado a título de dolo eventual. En esa medida, el único baremo para identificar si se está ante un caso de ignorancia deliberada atribuible a título de dolo eventual es el carácter previsible de la ocurrencia del hecho, es decir

---

<sup>425</sup> Véase en: FEIJÓO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret*, 2015, pp. 6-7.

el mismo conocimiento sobre su eventual ocurrencia. Por el contrario, las conductas imprevisibles desde una perspectiva *ex ante* no podrían ser atribuidas al sujeto, que en los casos aquí analizados sería el superior jerárquico, pese a que las haya favorecido con su propia conducta, ya que se trataría de una imputación versarista<sup>426</sup>.

En esa medida, la posición de garante del sujeto nuevamente adquiere un papel relevante. Es preciso establecer si el sujeto tenía un deber de mantenerse informado de las conductas de sus subordinados y las obligaciones que se derivaran del tipo de información puesta en su conocimiento. Sumado a ello, el contexto en el que se desarrolla la comunicación dentro de la organización también adquiere gran relevancia. Estos elementos le permiten al operador jurídico valorar si en un determinado caso el “hombre de detrás” se ocultó ante los hechos o si, por el contrario, de forma calculada se colocó a sí mismo en una situación de desconocimiento concreto frente a la realización del ilícito, pese a haber contribuido con la creación del riesgo que finalmente se realizó<sup>427</sup>. Por tanto, se considera que en los casos en los que la competencia del sujeto le obliga a tener conocimiento de las conductas delictivas realizadas por sus subordinados, y pese a ello deliberadamente se ubica a sí mismo en una situación de ignorancia frente a dichos hechos, deben ser abordados en el plano subjetivo a través de la figura del dolo eventual. Esto en la medida en que dicha ignorancia deliberada

---

<sup>426</sup> Véase: FEIJÓO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret*, 2015, p. 7.

<sup>427</sup> Véase en: RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en: *Discusiones*, (XIII-2), 2013, pp. 32 y ss.

revela una indiferencia en relación con los resultados que se puedan derivar de la situación de riesgo por él creada.

### **3.2. Alcance de la responsabilidad subjetiva imprudente**

Como se mencionó previamente, con base en lo dispuesto en el art. 615 bis CP la responsabilidad de la autoridad o jefe militar o que actúe efectivamente como tal <sup>428</sup> por omisión alcanza hasta la imprudencia grave para el caso de delitos internacionales. Este tratamiento disímil se sustenta en la mayor exigencia que se hace a este tipo de individuos, no solo de controlar y vigilar las fuerzas sometidas a sus deberes de cuidado, sino también de elegir y formar adecuadamente a dichos individuos, dados los altos riesgos que implica el empleo de dicho tipo de tropas. Por ello, este tipo de superiores serían responsables por la no adopción negligente de medidas para prevenir infracciones de parte de sus subordinados que sean previsibles<sup>429</sup>. Por el contrario, para los superiores civiles no se previó dicha forma de responsabilidad hasta la imprudencia, ni en el artículo 28 del ECPI ni en el artículo 615 bis del Código Penal español, por lo que su responsabilidad solo llegaría hasta el

---

<sup>428</sup> En esta categoría también se encontrarían los jefes de organizaciones guerrilleras o paramilitares, tales como las que fueron mencionadas en los ejemplos expuestos en la introducción de este trabajo. Véase al respecto: CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009, párr. 409.

<sup>429</sup> Véase en: GARROCHO SALCEDO, “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 17 (enero de 2017), pp. 73-74.

dolo, es decir, con base en los postulados mencionados previamente.

Este tipo de responsabilidad por vía del art. 615 bis está referida exclusivamente para supuestos de crímenes internacionales. Para otro tipo de casos que no reúnan estas características, tal y como se explicó, también es posible identificar la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados. Sin embargo, en mi opinión, en ese tipo de supuestos –de imputación al jefe o superior jerárquico por vía de la comisión por omisión– no creo que sea posible que se configure una imputación imprudente, sino únicamente de tipo doloso<sup>430</sup>. En primer lugar, porque en los delitos culposos o imprudentes rige un principio de tipificación cerrada y excepcional, según el cual únicamente pueden ser imputados cuando se tiene prevista esta modalidad dentro de la parte especial del Código penal (art. 12 CP), por lo que quedarían por fuera de dicha imputación muchas conductas que hacen parte del ámbito de responsabilidad de los superiores jerárquicos en estructuras delictivas, dentro de las cuales se encontrarían, por ejemplo, casos de delitos sexuales. En segundo lugar porque, incluso si se tratara de un delito regulado como imprudente (por ejemplo, un homicidio), particularmente para casos como los que aquí se están estudiando, en los que el inferior jerárquico se ha excedido de las instrucciones recibidas, dicho exceso evidencia una auto-responsabilidad de su parte y que el hecho se le debe atribuir a

---

<sup>430</sup> Una opinión diferente tiene: GARROCHO SALCEDO, “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 17 (enero de 2017), p. 75.



él como principal responsable, esto es como autor, mientras que a quienes contribuyeron, así sea de forma omisiva, únicamente se los puede calificar como partícipes de dicho resultado, en tanto no es su hecho delictivo (su propia obra) sino el de alguien más, el subordinado. En esa medida, teniendo en cuenta que la doctrina mayoritaria inadmite la posibilidad de una participación imprudente –posición que aquí se comparte en tanto se exige un doble dolo del partícipe<sup>431</sup>–, no sería posible utilizar esta vía para atribuir responsabilidad al jefe militar o superior jerárquico. Por tanto, creo que, si no es posible identificar una responsabilidad dolosa de su parte en ese tipo de supuestos –así sea a título de dolo eventual– no es posible imputarle el hecho en comisión por omisión.

Estos inconvenientes no se presentan en el caso de la imputación por vía del art. 615.2 bis CP. En primer lugar, porque en esta norma

---

<sup>431</sup> La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria inadmiten la posibilidad de una participación imprudente, esto es, entienden que en los delitos culposos o imprudentes rige un concepto unitario de autor según el cual no es posible distinguir entre autoría y participación –en lo que estoy de acuerdo, pues, la intervención a título de partícipe exige un doble dolo, es decir dirigido tanto a provocar la resolución criminal (en el caso de la inducción) o a colaborar (en el caso de la complicidad o cooperación necesaria), como a que el autor efectivamente realice el delito, por tanto, es inadmisibles una participación imprudente–; o bien, admitiendo tal diferenciación, se postula la impunidad –por falta de tipicidad– del partícipe. Véase al respecto: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 2011, p. 409; HORVITZ LENNON, *Autoría y Participación en el delito imprudente*, 2007, p. 146; STS de 21 de marzo de 1997 (RAJ 1948). Contrarios a dicha posición se encuentran: FEIJÓO SÁNCHEZ, “Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?”, *La Ley*, 2000-1; EL MISMO, «La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español: reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ, 1997, 1948)”, en Quintero Olivares/Morales Prats (eds.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001; ROBLES PLANAS, “Participación en el delito e imprudencia”, en *RDPC*, núm. 6, 2000.

consagra expresamente responsabilidad hasta la imprudencia del jefe militar o asimilado, superando así el problema de la tipificación cerrada y excepcional. En segundo lugar, porque, tal y como se explicó previamente, lo que se le imputa al jefe militar, asimilado o superior jerárquico por vía de este artículo no es el resultado –los crímenes cometidos por los subordinados– sino su propia conducta negligente, es decir la organización defectuosa de su propio ámbito de competencia.

### **3.3. Conclusión sobre el alcance de la responsabilidad subjetiva del jefe o superior**

El alcance de la imputación subjetiva al jefe o superior jerárquico de organizaciones delictivas por su intervención omisiva en los excesos cometidos por sus subordinados, como último nivel de análisis, es, a mi parecer, el más problemático y en el que se debe prestar más atención. Aquí el análisis varía dependiendo de varios factores. En primer lugar, en el caso del ordenamiento jurídico español, si los delitos cometidos por los subordinados reúnen las características de crímenes internacionales, la imputación al jefe o superior jerárquico será por vía del art. 615 bis, en el que se regula una responsabilidad hasta por la imprudencia (numeral 2) para la autoridad y el jefe militar o que actúe efectivamente como tal. En los delitos que no reúnan dichas características o para el caso de ordenamientos jurídicos, como el colombiano, en los que no se haya transpuesto el artículo 28 del estatuto de Estatuto de Roma al derecho interno, sigue siendo posible la imputación al jefe militar o superior jerárquico por los delitos excesivos cometidos por sus

subordinados, pero por vía de la comisión por omisión. No obstante, en mi criterio, aquí el alcance de la responsabilidad subjetiva varía, pues en este escenario únicamente es posible la imputación subjetiva dolosa, hasta por dolo eventual.

En relación con el alcance de la imputación dolosa, comparto la posición de la doctrina contemporánea en el sentido de que el elemento realmente característico e indispensable para que se configure esta forma de imputación es el conocimiento del individuo sobre los hechos que se deriven a partir de su propia conducta, mientras que la voluntad hace parte de la valoración de la acción típica. En esa medida, la imputación subjetiva dolosa al dirigente de organizaciones delictivas por el exceso en los delitos o crímenes internacionales cometidos por sus subordinados se debe sustentar en el conocimiento sobre los riesgos en relación con la posible afectación de bienes jurídicos a partir de su propia conducta. De esta forma, solo podrían serle imputados dolosamente aquellos resultados desviados o excesivos que pudiesen haberse previsto por él al momento de su intervención en el hecho delictivo. Incluso en escenarios de ignorancia deliberada, en los que el autor o partícipe de se coloca a sí mismo en una situación de ceguera ante las consecuencias de sus propios hechos, la previsibilidad es el criterio para valorar si el resultado típico se le puede imputar al superior jerárquico a título doloso.

En relación con el alcance de la imputación imprudente, en mi opinión, únicamente es posible que se configure una imputación subjetiva de este tipo por vía del artículo 615.2 bis CP para el caso

de autoridades y jefes militares o asimilados, para quienes dicha normativa prevé una responsabilidad hasta por la imprudencia grave por los delitos internacionales cometidos por sus subordinados. Por el contrario, no encuentro posible alcanzar este grado de responsabilidad imprudente por vía de la comisión por omisión. En primer lugar, porque en los delitos culposos o imprudentes rige un principio de tipificación cerrada y excepcional, por lo que quedarían por fuera de dicha imputación muchas conductas que hacen parte del ámbito de responsabilidad de los superiores jerárquicos en estructuras delictivas, como por ejemplo, los delitos sexuales cometidos por los subordinados. En segundo lugar porque, incluso si se tratara de un delito regulado como imprudente, como por ejemplo un homicidio, en casos como los que aquí son objeto de análisis, en los que el subordinado se excede, la calificación de la intervención del superior jerárquico por vía de la comisión por omisión está en el ámbito de la participación. Teniendo en cuenta que la participación únicamente puede ser dolosa, en tanto se exige un doble dolo del partícipe, no sería posible utilizar esta vía para atribuir responsabilidad al jefe militar o superior jerárquico como partícipe imprudente en los delitos cometidos por sus subordinados. Estos inconvenientes no se presentan en el caso de la imputación por vía del art. 615.2 bis CP. En esa medida, para los casos que son objeto de análisis, creo que por la vía de la comisión por omisión solo es posible imputar subjetivamente al superior jerárquico los excesos cometidos por el subordinado a título doloso; no es posible una imputación subjetiva imprudente. Por tanto, el límite de la

responsabilidad penal del superior jerárquico viene dado precisamente por el alcance del dolo de su intervención.

#### **4. Balance**

En la tercera y cuarta parte de este trabajo se analizaron dos grupos de casos relevantes en la problemática de la intervención de los jefes o superiores jerárquicos en los delitos cometidos por sus subordinados. En el primer grupo de casos, en los que el jefe o superior jerárquico imparte una orden para la comisión de un delito y esta es fielmente cumplida por sus subordinados, la calificación de su intervención más apropiada es como partícipe, específicamente como inductor. Si bien en este escenario también es preciso identificar el fundamento de la responsabilidad y el tipo subjetivo a imputar, este análisis no debe acarrear mayores dificultades, principalmente porque, si el ejecutor cumplió estrictamente la orden impartida, es claro que se trata de una realización del riesgo creado por el jefe o superior jerárquico, y, además, también es claro que es una conducta dolosa, en tanto no solo se evidencia un dolo dirigido a provocar la resolución de cometer un delito, sino también a su efectiva comisión por parte del sujeto inducido. El segundo grupo de casos estaría compuesto por aquellos eventos en los que el subordinado se excede en el cumplimiento de las órdenes impartidas. Aquí el análisis resulta más problemático, en tanto no es tan sencillo determinar si el riesgo realizado por los agresores inmediatos es el mismo riesgo creado –o

no evitado— por los jefes o superiores. Por ello, es preciso realizar un análisis de imputación objetiva en el que se valore el contexto de la organización para determinar y si es posible o no aplicar una prohibición de regreso. Se encontró que en dicho análisis las posiciones de garante juegan un papel determinante, especialmente la injerencia en el marco de las organizaciones delictivas comunes —competencia por organización— y la asunción en relación con las organizaciones de tipo delictivo estatal —competencia institucional—. Si dicho análisis es superado, procede un análisis de segundo nivel acerca de la calificación de la intervención del jefe o superior jerárquico, el cual varía dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate. En el caso español se incorporó en el artículo 615 bis la responsabilidad por omisión de la autoridad, jefe militar o que actúe como tal y superior en relación con los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados. En mi opinión, en esta normativa se pueden identificar varios tipos penales de omisión pura, por lo que la intervención del jefe o superior únicamente puede ser calificada en el plano de la autoría. Para otro tipo de delitos que no reúnan dichas características o para el caso de ordenamientos jurídicos, como el colombiano, que no hayan regulado internamente dicha forma de responsabilidad, también es posible que se configure una imputación en comisión por omisión al superior jerárquico por los excesos de sus subordinados. Sin embargo, en mi criterio, en este escenario corresponde calificar la intervención del jefe o superior como partícipe, dado que ese exceso del subordinado es una muestra de la falta de intensidad de la intervención del superior en la configuración del injusto. En esa medida, en el análisis de

tercer nivel sobre la imputación subjetiva del injusto dicha distinción también tendrá consecuencias, en tanto, mientras que en el art. 615 bis CP se contempla una responsabilidad subjetiva hasta la imprudencia grave para el caso de la autoridad o jefe militar o que actúe efectivamente como tal, para otro tipo de superiores no se dijo nada, por lo que para ellos, o cuando se trate de otro tipo de delitos o de ordenamientos que no tengan incorporada dicha normativa, el alcance de la responsabilidad subjetiva del superior jerárquico por vía de la comisión por omisión es únicamente hasta el dolo, incluido el dolo eventual, teniendo en cuenta que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria rechazan la posibilidad de una participación imprudente.





## CONCLUSIONES

El injusto de organizaciones delictivas es, generalmente, el resultado de actuaciones colectivas, en las que cada contribución es relevante para el resultado típico. No es una tarea sencilla identificar si, desde la perspectiva jurídico-penal, es posible imputar el hecho delictivo finalmente cometido a quien se encontraba en la cumbre de la estructura pero no intervino directamente en su ejecución. Esa imputación se torna incluso más compleja cuando el hecho delictivo no es el resultado del cumplimiento de una orden precisa, sino de un exceso del subordinado. En este tipo de supuestos está claro que el delito es cometido por el agresor inmediato con ocasión de su pertenencia a la organización delictiva, pero no está claro cómo imputar ese resultado delictivo al superior jerárquico que no intervino en su ejecución.

Para resolver esta cuestión, en la primera parte del trabajo se analizó a las organizaciones delictivas desde distintas perspectivas. A partir de la política criminal que se ha implementado para enfrentarlas se identificó que ha estado orientada principalmente en dos enfoques: las actividades delictivas que realizan las organizaciones delictivas (como la extorsión, el narcotráfico o el lavado de activos) o los individuos que las componen (como las mafias, los carteles o las bandas delincuenciales). Se evidenció una marcada preocupación en los últimos años por la criminalidad organizada transnacional, así como la finalidad de abarcar en dicho concepto la mayor cantidad de conductas posibles y diferenciarlo de las meras asociaciones esporádicas para cometer uno o pocos delitos, de poca gravedad o

de manera instantánea, las cuales son calificadas como “asociación estructurada” o “grupo criminal”. Desde una aproximación a las organizaciones delictivas a partir en la teoría de los sistemas sociales complejos, se acogió una noción de este fenómeno con base en los criterios de decisión, comunicación y poder. En esa medida, se identificó que distinguen de otro tipo de sistemas sociales –como las interacciones y las sociedades– por su capacidad de condicionar la pertenencia; es decir, de poner condiciones que deben ser cumplidas por quienes las integran. Asimismo, se acogió un concepto de las organizaciones delictivas como sistemas sociales complejos estructurados verticalmente, lo que significa que en ellas existen distintos niveles desde los que se toman decisiones, que esas decisiones son comunicadas y que existe poder para reducir la alternatividad en quienes están encargados de ejecutarlas, esto es, se presenta un fenómeno de selectividad. En ese primer apartado también se identificó que el problema de imputación que se estudia en este trabajo no solo atañe a las organizaciones criminales en sentido estricto, sino a otro tipo de sistemas sociales de tipo organizativo –como las instituciones públicas con tendencia criminal– en los que intervienen varios individuos, con distintos aportes y competencias, que finalmente ocasionan el resultado típico. Esto es, sistemas de injusto constituido, en palabras de LAMPE, que adquieren una configuración institucional duradera mediante una constitución –formal o informal–. Lo que las distinguiría de cualquier tipo de agrupación es precisamente su carácter institucional –de institución antisocial– que, en palabras de SILVA SÁNCHEZ: “hace de ella (s) no solo algo más que la suma de

sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes”<sup>432</sup>. Sin embargo, en este concepto no se abarca las “empresas económicas con tendencia criminal” mencionadas por LAMPE, en la medida en que, si bien se trata de asociaciones ilícitas cuyas verdaderas actividades están orientadas criminalmente, en este tipo de sistemas sociales no se presentan la jerarquía y la obediencia de igual forma como en los anteriores, por lo que, los criterios imputación a los individuos que los integran varían de forma considerable y escapan de lo que aquí es objeto de estudio.

En la segunda parte del trabajo se abordó el problema de imputación planteado a la luz del Derecho penal internacional, en el que se han desarrollado varias teorías sobre las formas de imputación a dirigentes de organizaciones criminales como máximos responsables por los crímenes perpetrados por sus subordinados o miembros base de tales estructuras. Se identificaron varios modelos de imputación utilizados en ese sentido, como la teoría de la empresa criminal conjunta (*Joint Criminal Enterprise*), la teoría del control conjunto del crimen (*Joint Control of the Crime*) y la teoría de la responsabilidad de mando (*Command Responsibility Doctrine*). Sin embargo, se llegó a la conclusión de que ninguna de ellas satisface los requisitos de imputación de responsabilidad penal propios de ordenamientos jurídicos de tradición de derecho europeo continental con influencia germánica, por lo que no podrían ser aplicadas de manera automática en estos últimos. En relación con la teoría de la empresa criminal conjunta,

---

<sup>432</sup> SILVA SÁNCHEZ, “¿Pertinencia” o “Intervención? Del delito...”, 2004, pp. 1069 y ss.

se identificó que vulnera el principio de culpabilidad – específicamente en su tercera modalidad–, pues implica la responsabilidad del superior jerárquico simplemente por su rol o posición dentro de la estructura sin consideración de su intervención en el hecho delictivo, esto es, una forma de responsabilidad objetiva. En cuanto a la teoría del control conjunto del crimen, se identificó que adopta varios elementos de la teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, por lo que, a la hora de interpretarla resulta preferible remitirse a los postulados –y críticas– de la versión original, de tal forma que su aplicación no riña con los principios básicos a partir de los cuales fue concebida. Respecto a la teoría de la responsabilidad de mando, principalmente configurada a partir de lo dispuesto en el artículo 28 del ECPI, se identificó que su aplicación directa en los ordenamientos jurídicos nacionales podría reñir con principios básicos de un Estado de Derecho, especialmente con el de culpabilidad. También se concluyó que la aplicación directa de dicha norma en algunos ordenamientos en los que aún no ha sido transpuesta podría vulnerar el principio de legalidad.

En la tercera parte se analizaron los paradigmas dogmáticos tradicionales en el Derecho europeo continental para responder el problema de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados, así como las consecuencias de cada uno de estos planteamientos para casos de excesos como los planteados al inicio de este trabajo. En primer lugar, se abordó la propuesta de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder –de autoría de ROXIN– y

se llegó a la conclusión de que esta tesis no es la más apropiada para imputar al superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados, principalmente porque parte de la idea del dominio – de la organización– del hombre de detrás, y los casos de exceso muestran que sencillamente no tiene tal dominio, en tanto el hombre de delante actúa de forma libre y auto-responsable, a tal punto que ha decidido apartarse de las instrucciones recibidas. En segundo lugar, en relación con el paradigma de la coautoría, se encontró que si bien se puede superar el problema de la ausencia de intervención material del superior jerárquico en fase ejecutiva –requisito que se podría obviar si se tratara de una intervención que configure de tal forma el delito que pueda entenderse como una acción conjunta con la del ejecutor–, es difícil identificar un mutuo acuerdo con los subordinados, especialmente en casos de excesos, en los que se han desviado del plan inicialmente trazado. Además, se encontró bastante complicado equiparar en un mismo plano ambas aportaciones al resultado típico, teniendo en cuenta que los superiores jerárquicos y los subordinados cuentan con competencias distintas, por lo que también es diferente su intervención en el injusto. En tercer lugar, se identificó que la solución de la inducción es la más adecuada para resolver el grupo de casos en los que el superior jerárquico de una organización delictiva imparte una orden y esta es fielmente cumplida. Se encontró que los reparos que se han planteado a esta propuesta no son insalvables. En relación con la crítica por el papel secundario que se le daría al hombre de detrás, se identificó que este reproche ignora que el desvalor de la conducta del inductor y de la del autor es el mismo, al punto que la pena para

ambos es igual. En cuanto al reproche por la falta de un vínculo directo entre los superiores jerárquicos que imparten las órdenes y quienes finalmente las ejecutan, esta crítica deja de lado que dicho vínculo entre inductor e inducido lo brinda precisamente la misma organización a la que ambos pertenecen, que opera como un sistema social orientado a la comunicación de decisiones. Respecto al reparo consistente en que, tal y como se encuentran estructurados los AOP, generalmente el ejecutor final no tiene mayor posibilidad de cambiar el curso lesivo, se encontró que quienes terminan ejecutando los delitos en este tipo de estructuras no son meros elementos fungibles, en tanto son finalmente ellos quienes deciden si ejecutan el delito y la forma de hacerlo. Es más, hay situaciones en las que no se cuenta con nadie más que cumpla dichas órdenes, bien porque se trata de tareas especializadas que solo pueden ser realizadas por un sujeto (por ejemplo, un francotirador) o porque sencillamente no hay nadie más disponible para ejecutarlas. No obstante, la anterior es una solución al problema de la calificación de la intervención del superior jerárquico para un determinado grupo de casos, en los que el subordinado de una organización delictiva cumple fielmente las órdenes que ha recibido. Aun falta determinar cual es el fundamento de dicha responsabilidad y cómo se pueden resolver los casos en los que el subordinado se excede o se aparta de las instrucciones recibidas.

En la cuarta parte se acogió una propuesta de solución para abordar la problemática de la intervención colectiva en el delito, sustentada, en primer lugar, en la fundamentación de la responsabilidad del interviniente, en segundo lugar, en la calificación de su intervención

y, en tercer lugar, en la identificación el tipo de imputación subjetiva del interviniente. En relación con el fundamento de la responsabilidad del superior jerárquico se identificó que este análisis –de primer nivel– debe ser realizado a partir de un estudio sobre la creación –o no evitación– y realización de riesgo, esto es, a partir de un juicio de imputación objetiva, en el que se debe valorar el contexto de la pertenencia a una organización y el significado que dicha pertenencia tiene en la realización del hecho colectivo, que finalmente es ejecutado o materializado por el subordinado. En ese análisis de imputación objetiva hay varias instituciones dogmáticas que tienen incidencia en relación con el tema objeto de estudio en esta tesis. En primer lugar, es preciso determinar cuál es el alcance del principio de auto-responsabilidad –en sus dos dimensiones– y si se trata de una barrera insalvable en este tipo de escenarios de responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados, esto es, si es posible aplicar la prohibición de regreso. En segundo lugar, se debe analizar la teoría de las posiciones de garante, en tanto se trata de la institución de la imputación objetiva que permite identificar el fundamento de la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados.

En este punto, se identificó que los deberes del superior jerárquico pueden surgir desde dos tipos de competencias: (i) por organización, como sería el caso del superior jerárquico de una organización delictiva común, o (ii) a partir de una competencia institucional, como sería el caso de una organización delictiva de origen estatal. En el caso de la competencia por organización, se

encontró que el deber de los superiores jerárquicos de organizaciones delictivas comunes –es decir, no institucionales– se estructura a partir del ejercicio de las libertades individuales sin afectar las esferas jurídicas ajenas –deber de aseguramiento, sustentado en el principio *neminem laedere*–, en cuyo caso se debe revocar el output peligroso –deber de revocación o salvamento, sustentado en el principio *casum sentit dominus*–. En mi opinión, cuando el superior jerárquico de una organización delictiva común crea un riesgo que finalmente es realizado por sus subordinados debe responder en virtud de una posición de garante por injerencia, es decir por la creación antijurídica de un riesgo próximo para la esfera de otro, que finalmente se ve afectada debido al actuar precedente y que hubiese sido previsible desde una perspectiva *ex ante*. En cuanto a los superiores jerárquicos de estructuras estatales, también se encuentran cobijados por una posición de garante, pero su naturaleza varía en la medida en que la fuente de la obligación no es la injerencia ni proviene del ámbito de la propia organización. Aquí la responsabilidad se basa en una competencia institucional que le impide al funcionario configurar su marco de actuación libremente, pues, debido a la asunción de la protección de bienes jurídicos o del control de fuentes de riesgo, tiene un estatus especial que lo obliga a restringirse al cumplimiento de sus funciones, esto es, a ciertos deberes positivos. Tales deberes positivos también cobijan los deberes de control y supervisión por parte de los jefes o superiores respecto de las conductas que realicen sus subordinados, especialmente cuando se trata de miembros de la fuerza pública, en la medida en que pueden ser responsables por las graves violaciones



a los derechos humanos cometidos por sus subordinados, bien sea porque directamente ordenaron la comisión de delitos o porque omitieron prestar la seguridad que les correspondía. En estos casos, para que un miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos vulnerados.

En el análisis de segundo nivel, sobre la calificación de la intervención, se llegó a la conclusión de que la imputación al jefe o superior jerárquico de organizaciones delictivas únicamente se puede realizar en el plano de la omisión. En esa medida, si bien dicho sujeto pudo o no haber emitido una orden previa para la comisión de un delito, finalmente lo que se le reprocha es la no evitación del resultado típico, es decir la comisión de los delitos o crímenes –excesivos– cometidos por sus subordinados. Dicha calificación varía dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate. En el caso de España, en donde existen diversos tipos penales especiales de omisión propia o pura, referidos exclusivamente a la responsabilidad del superior jerárquico por los delitos cometidos por sus subordinados, tal y como el artículo 615 bis CP, no hay mayor inconveniente, en tanto la responsabilidad del superior jerárquico –militar, asimilado o no militar– está claramente delineada, por lo menos en lo que tiene que ver con delitos internacionales, frente a los cuales respondería en calidad de autor, no por el hecho delictivo cometido por el subordinado, sino por su propia conducta omisiva, bien sea de forma previa al delito que finalmente es cometido (numerales 1, 2 y 4) o con posterioridad

(numerales 3, 5 y 6). Para el caso de delitos que no reúnan dichas características y cuya omisión por parte del superior jerárquico no se encuentre regulada en otro delito de omisión propia o, para el caso de ordenamientos jurídicos, como el colombiano, en los que no hay una normativa similar de omisión propia por los delitos cometidos por los subordinados, también es posible identificar la responsabilidad del omitente, pero a partir de una vía jurídica distinta, desde la cláusula general de responsabilidad de omisión impropia o de comisión por omisión. En mi opinión, en este escenario, el exceso de los subordinados revela el papel secundario –menos intenso– del jefe o superior jerárquico en la configuración del injusto, por lo que resulta más apropiado calificar su intervención como partícipe. Dicha calificación también dependerá del ordenamiento jurídico del que se trate, pues, mientras que en el ordenamiento jurídico-penal español respondería como cooperador necesario, en el alemán o el colombiano, en los que no está prevista dicha figura, debería responder como cómplice.

El análisis de tercer nivel sobre la imputación del tipo subjetivo también varía dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate. En el caso español dicha responsabilidad subjetiva para la autoridad, jefe militar o que actúe efectivamente como tal, alcanza hasta la imprudencia, por la no adopción de medidas para evitar que sus subordinados cometan crímenes internacionales. En el caso de otros delitos que no reúnan dichas características o para ordenamientos, como el colombiano, en los que no se dicha forma de responsabilidad no está contemplada expresamente en la legislación penal, el alcance de la imputación subjetiva por vía de la

comisión por omisión solo llega hasta el dolo, principalmente por dos motivos. Primero, porque en los delitos culposos o imprudentes rige un principio de tipificación cerrada y excepcional, cuya aplicación deja por fuera de la imputación al superior jerárquicos algunos delitos que no se prevén de forma imprudente, como por ejemplo, los delitos sexuales. Segundo, porque, tal y como se expuso previamente, cuando el subordinado comete un exceso ello es una muestra de la falta de intensidad de la intervención del jefe o superior jerárquico en la configuración del injusto, lo que, en mi criterio, conlleva a calificar su intervención como partícipe. En esa medida, teniendo en cuenta que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias rechazan la posibilidad de una participación imprudente –en tanto dicha forma de intervención exige un doble dolo para su configuración–, si la intervención del jefe o superior jerárquico es imprudente, su conducta es atípica. Por tanto, por vía de la comisión por omisión, el dolo –incluido el dolo eventual– de la intervención del jefe militar o superior jerárquico se constituye como el límite de su propia responsabilidad.

ROJAS SALAS, Jose Manuel. “¿Aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano?”, en: *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional*, n.º 73, octubre – diciembre 2020, Bogotá, Legis, pp. 59-93.

## BIBLIOGRAFÍA

ALLPORT, Gordon/POSTMAN, Leo, *Psicología del rumor*, Editorial Psique, Buenos Aires, 1973.

AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

- “Comentarios a la Parte General del Derecho Penal Internacional”, en: *Cómo imputar a los superiores los crímenes cometidos por los subordinados en el Derecho penal internacional*, Nathalia Bautista (Trad.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- “La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del superior”, en *Revista Semana*, Bogotá, 15 de junio de 2018
- *La parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2005.
- “La implementación del estatuto de la corte penal internacional en Alemania”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 7 (17), 2005.

ANDREU-GUZMÁN, Federico, *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales – El crimen internacional de*

*desaparición forzada*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2012.

ARGYRIS, Chris, *El individuo dentro de la organización*, Herder, Barcelona, 1979.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BALDÓ LAVILLA, Francisco, “Algunos aspectos conceptuales de la inducción”, en: *ADPCP*, 1989.

- *Principios de Derecho penal*, Ediciones Akal, Madrid, 1997.

BANTEKAS, Ilias, “The Contemporary Law of Superior Responsibility”, en: *American Journal of International Law*, Vol 93, No. 3, (Julio 1999), pp. 573-595.

BLANCO CORDERO, Isidoro/SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, Isabel. “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación de una organización criminal y de los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio”, en AA.VV., *Criminalidad organizada. Actas preparatorias de la Sección española de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Univ. de Castilla de la Mancha, 1999.

BÄRWINKEL, Richard, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza Editorial, décima reimpresión, 1998.

BERGER, Peter/LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires, Amorrortu, 1986.

BERNATE OCHOA, Francisco, *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant Monografías, Valencia, 2000.

BERRUEZO, Rafael. *Autoría y participación desde una visión normativa*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2012.

BLOCK, Alan/Chambliss, William, *Organizing Crime*, Elsevier, Nueva York, 1981.

BUNGE, Mario, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1978.

CADAVID LONDOÑO, Paula. *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincencial*, Ed. Gustavo Ibáñez – Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en *Derecho penal y sociedad, Estudios sobre*

*las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin*, Eduardo Montealegre (Coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

- *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Librería Bosch, Barcelona, 2001.
- “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (Director), *Estudios sobre la reforma del código penal*, Madrid, 2011.
- *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

CANOSA, Jannluck; OLÁSOLO, Héctor; “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, en *Política criminal*. Vol. 13, N° 25 (Julio 2018) Art. 12, pp. 444-500.

CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl, “Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de *lege ferenda*”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte N° 2, 2014.

CARO JOHN, José Antonio, “La autoría delictiva del expresidente Alberto Fujimori”, en *XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de Paz y Justicia Transicional*, Jaime Bernal Cuellar (Comp.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.



- “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Normativismo e Imputación Jurídico Penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista*, Perú, 2010, pp. 63 y ss.

CASSESE, Antonio, *Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común*, Natalia Silva (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

CIAPPI, Silvio, *Delincuencia Organizada*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2010.

CIGÜELA SOLA, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

COHEN, “The concept of criminal organization”, en *The British Journal of Criminology*, Vol. 17 (2), 1977 Oxford.

CRESPO BAQUERO, Pedro, *El Tratamiento de la corrupción como crimen organizado en el nuevo Código Penal*. Mesa redonda que tuvo lugar el día 18 de noviembre de 2010 en las XXXII Jornadas de la Abogacía del Estado, dedicadas al “Nuevo Código Penal”. Abogacía general del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2010.

CRESSEY, Donald, *Theft of the Nation*, Nueva York, Harper and Row, 1969.

DANNER, Alisson / MARTINEZ, Jenny, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law”, en: *California Law Review*, V. 93, Issue 1, 2005.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.

DONNA, Eduardo Alberto, *Derecho penal. Parte General*, t. V, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

EDWARDS, Adam / LEVI, Michael, “Researching the Organization of Serious Crimes”, en *Criminology and Criminal Justice*, Vol. 8, Noviembre de 2008, Glasgow.

FARALDO CABANA, Patricia, “La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 97, 2011, pp. 169-191.

- *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

- *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002.

- “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret*, 2015,
- “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal de la obediencia del subordinado”, en *Memento penal*, MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), Madrid, Francis Lefebvre, 2017, pp. 2016-2019.
- “Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?”, *La Ley*, 2000.
- *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007.
- “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español: reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997 (RJ, 1997, 1948)”, en Quintero Olivares y Morales Prats (eds.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, Colmares, 2006.

FELSON, Marcus, “The natural Histoty of Extended Co-Offending”, en *Trends in Organized Crime*, V. 12, June, Nueva York, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, “Criminalidad y globalización”, en: CARBONELL, Miguel / VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.), *Globalización y Derecho*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lerhbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14a. Ed. Giessen, 1847.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

FLAMENT, Claude. *Redes de comunicación y estructuras de grupo*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1977.

FRISCH, Wolfgang, *Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, 1988.

- *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González (Trad.), Marcial Pons, Madrid, 1988.
- *Tipo penal e imputación objetiva*, Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado (Trad.), Ed. Colex, Madrid, 1995.
- “Selbstgefährdung im Strafrecht”, en: *NStZ*, 1992, pp. 3-62.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma”, en *Revista Penal*, N° 16, 2005, pp. 72-87.

GALLAS, Wilhelm, „*Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbstötung*“, en JZ, Núm. 21, 1960, pp. 649-655.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, “La responsabilidad del superior jerárquico en el Derecho penal español”, en *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Alicia Gil (Dir.) y Elena Maculan (Coord.), Madrid, Dykinson, 2013.

GARROCHO SALCEDO, Ana María, “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo”, en: *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Alicia Gil (Dir.) y Elena Maculan (Coord.), Madrid, Dykinson, 2013.

- *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, Aranzadi (Thomson Reuters), Pamplona, 2016.
- “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el código penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 17 (enero de 2017), pp. 47-92.

GIL GIL, Alicia, “La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española”, en: *ADPCP*, Vol. LXI, 2008.

- “El caso español”, en *imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Segunda Edición, Kai Ambos (Coord.), Editorial Temis, Bogotá, 2009.

GILLIES, Peter, *Criminal Law*, LBC Information Services, North Ryde, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de f, 2006.

- Cursos causales irregulares e imputación objetiva, Buenos Aires, Editorial B de f, 2011.
- *Delitos cualificados por el resultado*, Montevideo, B de F, 2007.
- “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad”, en: *Nuevo Foro Penal*, 10(82), 2014, 81-131. <https://doi.org/10.17230/nfp.10.82.3>.

GÓMEZ BENITEZ, Jose Manuel, “La parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad penal*, nº 41, 2003.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

GONZÁLES RUS, Juan José, “Aproximación político criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en GONZÁLES RUS (director), *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GRACIA MARTIN, Luis. *La comisión por omisión en el Derecho penal español*. 1995.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *La responsabilidad penal del coautor*. Tirant Monografías, Valencia, 2001.

GRÜNWARD, Gerald, “Die Beteiligung, durch unterlassen”, en *GA*, 1959, pp. 111-123.

GUZMÁN, Jose Luis, “Una jurisprudencia equivocada sobre crímenes internacionales y sus consecuencias en la regulación legal de la libertad condicional”, en: *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, No. 70, Enero – Marzo, 2020.

HARARI, Yuval Noah, *Sapiens: De animales a dioses*, Debate, 2014.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* 3ª ed. Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1930.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulices, *La autoría mediata en derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1996,

HERZBERG, Rolf D., “Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales”, Nuria Pastor Muñoz (trad.), en *Aparatos organizados de poder*, Yesid Reyes y Hernán Darío Orozco (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

- “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung informalen Organisationen”, en Kunt Amelung (ed.) *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000.

HUERTA TOCILDO, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

HOBBS, Dick, “Going down the global: The Local Context of Organised Crime”. En *The Howard Journal of Criminal Justice*, V. 37(4), 1998.

HORVITZ LENNON, María Inés. “Autoría y Participación en el delito imprudente”, en: *Revista de estudios de la justicia*, No. 10, Universidad de Chile, Santiago, 2007.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal, *Estafas por omisión*, Atelier, Barcelona, 2018.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- *La imputación objetiva en Derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996.
- *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.



- *La imputación objetiva en Derecho penal*, Manuel Cancio Meliá (Trad.), Civitas, Madrid, 1996.
- “La prohibición de regreso en los delitos de resultado”, Manuel Cancio Meliá (Trad.), en: *La prohibición de regreso en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- /CANCIO MELIÁ, Manuel. *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2000.
- “Participación”, Yamila Fakhouri (Trad.), en *XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Procesos de Paz y Justicia Transicional*, Jaime Bernal Cuellar (Comp.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- *Teoría de la intervención*, Nuria Pastor Muñoz (Trad.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1993.
- *La imputación penal de la acción y la omisión*, Trad. Sánchez-Vera, Javier, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- „Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug”, en: *GA*, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Miguel Olmedo Cardenete (Trad.), Granada, Comares, 2002.

JOHNSON, Earl Jr. “Organized Crime: Challenge to the American Legal System”, en *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Vol. 54: 2, Chicago, 1963. Disponible en:

KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, en: Kant’s gesammelte Schriften, hrsg. von der Akademie der Wissenschaften der DDR, Berlin, 1974.

- *Crítica de la razón pura*, Bergua, Madrid, 1970.

KANTOROWICZ, Hermann, “Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft”, en: *Monats-schrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1910/11.

KARSTEN, Nora, “Distinguishing Military and Non-Military Superiors. Reflections on the Bemba Case at the ICC”, en: *JICJ*, n° 7, 2009.

KAPLAN, JOHN/WEISBERG, ROBERT/BINDER, GUYORA CRIMINAL LAW: CASES AND MATERIALS, séptima edición, Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2006.

KINDDHÄUSER, Urs, *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

KREB, Claus, *Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*, Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften, 1999.

- “Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrech”, en: *ZStW* 111, 1999, pp. 597-599.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg, Springer, 1997.

- “La imputación subjetiva: estado de la cuestión”, en: *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Jesús María Silva Sánchez (editor), Civitas, 2000.

LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto del sistema y sistema de injusto”, en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Carlos Gómez-Jara (Trad.), Lima, Grijley, 2003.

LARA GONZÁLEZ, Héctor, “Autoría mediata por dominio de la voluntad y aparatos organizados de poder”. *Revista de ciencias penales Iter Criminis*, No. 3, mayo/junio 2008, México.

LEAVITT, Harold, *Managerial psychology: managing behavior in organizations*, University of Chicago Press, 5<sup>th</sup> ed., 1988.

LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles (Trad.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

LÉVY-LEVOYER, Claude, *Psicología de las organizaciones*, Planeta, Barcelona, 1975.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, el caso colombiano*, Bogotá, Temis, 2009.

- Introducción a la imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

LINDESMITH, Alfred, “Organized Crime”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 217, 1941.

LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la Sociedad*, Ed. Herder, México, 2007.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales”, en *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, Editorial Bosch, 1985.

- *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Madrid, Universitas, 1999.
- “Concurrencia de culpas y autoría o participación en delitos imprudentes”, en *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, Editorial Bosch, 1985.

- “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, en *Libertas Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, Vol. 6 (julio), 2017, pp. 145 y ss.

MALGESINI, Graciela; GIMÉNEZ, Carlos. *Guía de los conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Los libros de la catarata, Madrid, 2000.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional (A propósito del libro de J. L. Díez Ripollés, ‘La racionalidad de las leyes penales’), en *JD*, Núm. 52, 2005.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro. *La autoría mediata en Derecho penal*, Bogotá Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992.

MARXEN, Klaus, “Intervención en un injusto sistemático grave. Consideraciones sobre una teoría jurídico-penal internacional del delito”, en *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), Nuria Pastor Muñoz (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

MEDINA ARIZA, Juan, “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, en FERRÉ OLIVÉ / ANDRADE BORRALLÓ

(Eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Univ. De Huelva / Fundación El Monte, 1999.

MEINI, Iván. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos delictivos cometidos por sus subordinados”, en: *Derecho PUCP*, Vol. 52, 1999, pp. 883-914.

MERKEL, Adolf, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, (Ed. M. Liepmann), Stuttgart, Enke, 1912.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, séptima edición, Ed. Reppertor, 2005.

MIRÓ LLINARES, Fernando. “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. En: *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *La cuadratura del dolo, problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs” en *El funcionalismo en el Derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- La culpa en la actividad médica. Imputación objetiva y deber de cuidado, en *Revista chilena de Derecho*. Vol. 14, Núm. 2-3, 1987.
- Junto con PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Revista Penal*, n.º 9, 2002, pp. 59-98.

- “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Ed. Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

NAVAS, Iván, “Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en Derecho penal”, en: *Política Criminal*. Vol. 10, N° 20, Diciembre 2015.

NERLICH, Volker, *La responsabilidad del superior a la luz del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Natalia Silva (Trad.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

NAYLOR, Robin, “Toward a General Theory of Profit-Driven Crimes”, en *British Journal of Criminology*, núm. 43, 2003.

NAYLOR, Thomas, “Mafias, Myths and Markets: On the Theory and Practice of Enterprise Crime”, en *Transnational Organized Crime*, Vol 3, No 3, 1997.

OCHOA, Ramón. “Control social y Derecho penal”, en *Revista El otro derecho*. núm. 29, Bogotá, ILSA, marzo de 2003.

OLÁSULO, Héctor, “Aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales: especial referencia a los casos ‘Al Bashir’, ‘Al-Gaddafi’ y ‘Al-Senussi’ ante la corte penal internacional”, en *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid, Dykinson, 2013.



- *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, Hart Publishing, Portland, 2010.
- *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- /CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, en *Política criminal*. Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 12, pp. 444-500.

OLMEDO CARDENETE, Miguel, *La inducción como forma de participación accesorio*, Madrid, Edersa, 1999, p. 201.

OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío, *La intervención delictiva en los delitos de organización*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008.

- *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten: Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortung*, Mohr Siebeck, Freiburg im Breisgau, 2018.

OTTO, Harro, “Autoría en virtud de aparatos organizados de poder”, Humberto Sierra (trad.), en: *Aparatos organizados de poder*, Yesid Reyes y Hernán Darío Orozco (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

OXMAN, Nicolás, *Sistemas de Imputación Subjetiva en Derecho Penal: El Modelo Angloamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

PAOLI, Letizia / VANDER BEKEN, Tom, “Organized Crime: a contested concept”, en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

PARRA QUEMBA, William Javier, “La autorresponsabilidad penal de las empresas multinacionales por la violación de los derechos humanos”, en: *Problemas actuales de derecho penal general. Libro homenaje a Luis Carlos Pérez*, Estanislao Escalante Barreto (Dir.), Bogotá, Ibañez, 2018.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, “¿Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa? Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio”, en: *Diario La Ley (estudios doctrinales)*, No. 9.400, 2019;

PAWLIK, Michael, “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, Marcelo Lerman y Marcelo A. Sancinetti (Trad.), en *InDret*, 2008.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

- “El concepto del deber jurídico”, en: *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs T. I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- “El Estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia SU-1184 DE 2001, Corte Constitucional de Colombia”, en *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. El dolo eventual: Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PETIT, François, *Psicosociología de las organizaciones*, Barcelona, Herder, 1984.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, 2005.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio y COX VIAL, Francisco. “Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa”, en: *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Ed. La Ley, Madrid, 2013.

POTTER, Gary, *Criminal Organizations: Vice, Racketeering, and Politics in an American City*, Waveland, Illinois, 1993.

PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, Percy García Cavero (Trad.), Ed. Comares, Granada, 2001.

RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis. 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

- *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2008.
- “Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en: *Discusiones*, (XIII-2), 2013.
- “La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico-empresarial”, en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Llinares (Editores), La Ley, Madrid, 2013.
- “Valoración de la prueba y determinación procesal del dolo”, en *Revista internacional Derecho Penal Contemporáneo*, No. Nº 48 Jul.-Ago. 2014.

RENIKOWSKI, Joachim, “Verantwortlichkeit in Hierarchien”, en: *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Matthias

Kaufmann y Joachim Renzikowski (Coord.), Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004.

- *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

REYES ALVARADO, Yesid, *El concurso de delitos*, Ediciones Reyes Echandía, Bogotá, 1990, p. 278.

- “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 97, 1991, pp. 933-968.
- *Imputación objetiva*, Tercera edición, Bogotá, Temis, 2005.
- “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en *ADPCP*, Vol. 60, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

- “Los dos niveles del sistema e intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, en *InDret*, Barcelona, 2012.
- “Die zwei Stufen der Beteiligungslehre – am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen”, en *GA*, 2012.
- “Participación en el delito e imprudencia”, en *RDPC*, núm. 6, 2000.

- “Los dos niveles del sistema e intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, en *InDret*, Barcelona, 2012.
- “La autoría no ejecutiva”, en *InDret*, Barcelona, 2012.

ROJAS SALAS, Jose Manuel, “La aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico colombiano”, en: *Revista de Derecho Penal Contemporaneo*, Legis, Bogotá, Vol. 73, pp. 10 y ss.

ROTSCH, Thomas, “¿Dominio del echo en virtud de organización?”, Jaime Winter (trad.), en *Aparatos organizados de poder*, Yesid Reyes y Hernán Darío Orozco (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo (Trad.), Marcial Pons, Barcelona, 2000.

- “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”. En: *REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 7 –*. Trad. Justa Gómez Navajas, 2006.
- *Derecho penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997.
- *Derecho penal Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas, Madrid, 2014.

- “Ingerencia e imputación objetiva”, en: *Revista penal*, N° 19, Universidad de Huelva, 2007.
- *La teoría del delito en la discusión actual. Tomo I*, Grijley, Lima, 2016.
- “Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal”, en: *Problemas actuales de las ciencias de las ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*. Homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Pannedille, 1970.
- *Strafrecht allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4ta ed., C.H.Beck, München, 2006.
- “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, en *GA*, 1963, pp. 193 y ss.
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.<sup>a</sup> edición, C.H. Beck, Berlín - Nueva York, 1984.
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.<sup>a</sup> edición, Walter de Gruyter, Berlín, 1999.

REUTER, Peter, *Disorganized Crime, The Economics of the Visible Hand*, MIT Press, Cambridge, 1983.

RUDOLPHI, Hanz-Joachim, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966.

SACHER, Mariana, *La evolución del tipo subjetivo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

SALAND, Per, “International Criminal Court Principles”, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Lee (ed.), Kluwer Law International, 1999.

SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría, Comentario a la STS 11-V-1994 (Ponente: Sr. Hernandez Hernández)”, en *AP*, núm. 3, enero 1997.

SÁNCHEZ-VERA, Javier, “Delito de infracción de deber”, en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte”, en *ADPCP*, Núm. 1, 1995.
- *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1999.
- /GÓMEZ TRELLES, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.



SARTORI, Giovanni, “Comparación y método comparativo”, en SARTORI / MORLINO, *La comparación en ciencias sociales*, Madrid, Alianza Editorial, Primera reimpresión, 2002.

SCHEIN, Edgar, *Psicología de la organización*, México, Prentice Hall, 1982.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuraín Sánchez (Trad.), en: ADPCP, 1988-II, pp. 529 a 558.

- *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Schwartz, Göttingen, 1971.
- “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”. En: *La Teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (comps.), Barcelona, Marcial Pons, 2007.

SCHROEDER, Friedrich Christian, *Der Täter hinter dem Täter*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

SCHWAB, Hans-Jörg, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, Lang, Frankfurt, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aberratio ictus e imputación objetiva*, en: ADPCP, 1984.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *CPC*, (38), 1989, pp. 375 y ss.
- “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en: *Consejo General del Poder Judicial. Dedicado a: Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Enrique Bacigalupo Zapater (director), 1997, No. 2., pp. 11-58.
- *El delito de omisión – concepto y sistema*. Librería Bosch, Barcelona, 1986.
- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2003.
- *La expansión del Derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2006.
- “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en: *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Enrique Bacigalupo (Coord.), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.

- “¿‘Pertenenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, en: OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- *Política criminal y persona*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- “Recensión a Schünemann, GA, 1985”, en: *ADPCP*, 1987.

SMITH, Dwight, *The Mafia Mystique*. Nueva York, Basic Books, 1975.

- “Wickersha to Sutherland to Katzenbach: Evolving an ‘Official’ Definition for Organized Crime”, *Crime, Law and Social Change* 16(2), 1991.

STEWART, James, *El artículo 28 del Estatuto de Roma* (conferencia), Bogotá, Cámara de Comercio, 1 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20181102-dp-bogota.pdf>

STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Madrid, Thomson Citivas, 2000.

STÜBEL, Christoph Carl, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einen Verbrechen. Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berechtigung der in den Criminalgesetzen geltenden Grundsätze*, Dresden, 1828.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *Autoría*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

SUTHERLAND, Edwin / CRESSEY, Donald, *Criminology*, Lippincott, Philadelphia, 1978.

TERRAGNI, Marco Antonio, *La moderna teoría de la imputación objetiva y sus hallazgos*, disponible en: [www.terragnijurista.com.ar](http://www.terragnijurista.com.ar).

VARGAS, Ligia María, *El elemento subjetivo del delito en el Estatuto de Roma: un análisis de derecho penal comparado*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2020.

VACCHELLI, Ezequiel, *Intervención delictiva: Significado y función del principio de accesoriidad*, Tesis Doctoral inédita, UPF, 2018.

VEGA, DANTE MARCELO. *El exceso en la participación criminal, alcance de la responsabilidad en la intervención criminal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

VAN DUYNE, Petrus, “Organized Crime, Corruption and Power”, en *Crime, Law, ad Social Change*, núm. 26, 1997.

VAN DUYNE, Petrus / MALJEVIC, Almir / VAN DIJCK, Maarten / VON LAMPE, Klaus / NEWELL, James L., *The Organisation of Crime for Profit: Conduct, Law and Measurement*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2006.

VOGEL, Joachim, “Responsabilidad individual en derecho penal internacional. A la vez una aportación a los modelos de regulación de la intervención”, en *Autores, partícipes y superiores en la*

*Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), Nuria Pastor Muñoz (Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

WELP, Jürgen, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungs Äquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968.

WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, 11ª ed., Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (Trad.), 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1993.

WEIGEND, Thomas, "Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht", en *ZStW*, n° 116, 2004.

- "Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional" en: *Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional*, Yesid Reyes (Coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2da ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

WITWER, David "The Most Racketeer-Ridden Union in America: The Problem of Corruption in the Teamsters Union During the 1930s", en *Corrupt Histories*, Emmanuel Kreike y William Chester Jordan, eds., University of Rochester Press, 2004.

WOLF, Ernst Amadeus, *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg, 1965.

WOLFHÜGEL Gutiérrez, Christian/SIERRA PIÑEROS, Juan Pablo, “Los ‘máximos responsables’”, en: *Derecho Penal Contemporáneo - Revista internacional*, N.º 47 abr.-jun. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal - Parte General*, segunda edición, Buenos Aires, Librería TEMIS S.A., 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Il crimine organizzato: una categorizzazione fallida”. En: MOCCIA, Sergio (Org.). *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Autoría y Participación en el Ámbito de la Criminalidad Organizada a la Luz del Derecho Comparado y del Derecho Internacional”, en: *Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal. Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Yvan Montoya Vivanco (Dir.), Palestra, Lima, 2011, pp. 59-99.

- “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad: apuntes para un análisis” en: *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.
- *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal, Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

## Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana:

- Sentencia C-578 de 2002. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia SU 1184 de 2001. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia C-579 de 2013. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Penal Internacional:

- Caso *Lubanga*, Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007.
- Caso *Katanga y Ngudjolo Chui*. Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008.
- Caso *Ruto, Kosgey, y Sang*. Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos 23 de enero de 2012.
- Caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*. Sala previa al juicio. Decisión de confirmación de cargos de 23 de enero de 2012,
- Caso *Bemba*. Sala Previa al Juicio III. Decisión de la fiscalía sobre la orden de arresto, 10 de junio de 2008.

- Caso *Bemba*. Sala de Cuestiones Preliminares II. Decisión de confirmación de cargos de 15 de junio de 2009.
- Caso *Bemba*. Sala de Juicio III, caso *Bemba*, decisión de primera instancia, 21 de marzo de 2016
- Caso *Bemba*. Sala de Apelaciones, caso *Bemba*, decisión de absolución de 8 de junio de 2018.
- Caso *Ahmad Al Bashir*. Sala previa al juicio. Decisión de aplicación de orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir de 4 de marzo de 2009.
- Caso *Abu Garda*, “Decision on the Prosecution’s Application under Article 58”, 7 de mayo de 2009.
- Caso *Al-Gaddafi, Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, “Decision on the Prosecutor’s Application pursuant to Article 58 as to Muammar Mohamed Abu Minyar Gaddafi , Saif Al Islam Gaddafi and Abdullah Al Senussi”, 17 de junio de 2014.
- Caso *Muthaura, Kenyatta y Hussein Ali*, “Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for Francis Kiriimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali”, 8 de marzo de 2011.
- Caso *Koudou Gbagbo*, “Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbag-bo”, decisión de 30 de noviembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Penal:



- Sentencia de 7 marzo de 2007, proceso No. 23825, magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz.
- Sentencia de 26 de abril de 2007, proceso No. 25.889, magistrados ponentes: Sigifredo Espinosa Pérez y Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Sentencia de 8 de agosto de 2007, proceso No. 25.974, magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos.
- Sentencia de 12 septiembre de 2007, proceso No. 24448, magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- Sentencia de 23 de febrero de 2009, proceso No. 29418, magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos.
- Sentencia de 2 de septiembre de 2009, proceso 29221, magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas.
- Sentencia de única instancia de 16 de septiembre de 2009, proceso No. 29640.
- Sentencia de 3 de diciembre de 2009, proceso No. 32672.
- Sentencia de 18 de marzo de 2010, proceso No. 27.032.
- Sentencia de 23 de febrero de 2010, proceso No. 32.805.
- Sentencia de 14 de septiembre de 2011, proceso No. 32.000.
- Sentencia de 26 de septiembre de 2012, radicado No. 32850.

- Sentencia de 5 de diciembre de 2018, radicado No. 50236.

Tribunal Supremo español:

- STS de 10 de abril de 1981 (caso Bultó), ponente Latour Brotons.
- STS de 23 de abril de 1992 (RJ/1992/6783), ponente Bacigalupo Zapater.
- STS de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/1948), ponente: Delgado García.
- STS 481 de 15 de abril de 1997 (RJ/1997/2931), ponente Soto Nieto.
- STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ/1997/7908), ponente Bacigalupo Zapater.
- STS de 8 de julio de 1998 (RJ/1998/5816), ponente Bacigalupo Zapater.
- STS de 14 de diciembre de 1998 (RJ/1998/10345), ponente Conde-Pumpido Tourón.
- STS de 2 de febrero de 1999 (RJ/1999/215), ponente Bacigalupo Zapater.
- STS de 26 de junio de 2000 (RJ/2000/5801), ponente Sánchez Melgar.

- STS de 9 de octubre de 2000 (RJ/2000/9958), ponente Jimenez Villarejo.
- STS de 20 de julio de 2001 (RJ/2001/7294), ponente Sánchez Melgar.
- STS de 22 de enero de 2002 (RJ/2002/2631), ponente Conde-Pumpido Tourón.
- STS de 31 de marzo de 2000, (RJ/2000/3490), ponente Ramos Gancedo.
- STS de 25 de octubre de 2002 (RJ/2002/1828), ponente Sánchez Melgar.
- STS de 13 de diciembre de 2002, (RJ/2002/1118), ponente Colmenero Menéndez de Luarca.
- STS 258 de 19 de junio de 2007, ponente Bacigalupo Zapater.
- STS 708 de 14 de julio de 2010 (RJ/2010/7342), ponente: Colmenero Menéndez de Luarca.
- STS 461 de 25 mayo de 2011, ponente Colmenero Menéndez de Luarca.

Tribunal Especial para Sierra Leona:

- Caso *Fofana y Kondewa*. Sentencia de 28 de mayo de 2008.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia:

- Caso *Blaškić*. Sentencia de 29 de julio de 2004.
- Caso *Brđanin*. Sentencia de 3 de abril de 2007.
- Caso “*Celibici Camp*”. Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000.
- Caso *Furundžija*. Sentencia de 10 de diciembre de 1998.
- Caso *Hadzihasanovic y Kubura*. Sentencia de primera instancia, 15 de marzo de 2006.
- Caso *Kvočka et al.* Sala Previa al Juicio. Decisión de 2 de noviembre de 2001.
- Caso *Milutinovic et al.* Decisión de 23 de mayo de 2003.
- Caso *Tadic*. Fallo de la sala de apelaciones. 15 de julio de 1999.
- Caso *Simic et al.* Sentencia de 17 de octubre de 2003.
- Caso *Vasiljevic*. Fallo de la sala de apelaciones. 24 de febrero de 2004.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda:

- Caso *Muvunyi*. Sentencia de 29 de agosto de 2008.
- Caso *Nahimana*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

Tribunal Militar Internacional de Núremberg:

- Sentencia del 1 de octubre de 1946.

## **Documentos de organismos internacionales o gubernamentales**

- Center for International Law Research and Policy, *Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court*, Case Matrix Network, septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/e05157/pdf/>
- Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties, “Report presented to the preliminary peace conference”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1/2 (Jan. - Apr., 1920).
- CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen No. 1 Normas, Ed. CICR, 2007.
- Fiscalía General de la Nación colombiana, Directiva 0001 de 27 de marzo de 2016, por medio de la cual: “*Se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano*”.
- Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento

N.10

(A/51/10).

[http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/reports/a\\_51\\_10.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/reports/a_51_10.pdf).

- International Military Tribunal for the Far East - Judgment of 4 November 1948. <http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>

- International Committee of the Red Cross, *Commentary on the additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, en Sandoz/Swinarski/zimmermann (eds.), , Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1987, pp. 1012-1013.

- Naciones Unidas, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1986, Volumen I, A/CN.4/SER.A/1986.

- The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, 1948, [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/law-reports-trials-war-criminals.html](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/law-reports-trials-war-criminals.html).

- The White House, Executive Order on Establishing the United States Council on Transnational Organized Crime, 2021. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/12/15/executive-order-on-establishing-the-united-states-council-on-transnational-organized-crime/>

- The White House President Barack Obama, *Strategy to Combat Transnational Organized Crime*, 2011. Disponible en: <https://obamawhitehouse.archives.gov/administration/eop/nsc/transnational-crime>

- United Nations, *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, Official Records, vol. II, 2002.
  
- UNODC, *Results of a pilot survey of forty selected organized criminal groups in sixteen countries*, Nueva York, septiembre, 2002. Disponible en: [https://www.unodc.org/pdf/crime/publications/Pilot\\_survey.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/publications/Pilot_survey.pdf)
  
- US Department of Justice, *Overview of the Law Enforcement Strategy to Combat International Organized Crime*. Washington D.C., US Government Printing Office, 2008.